

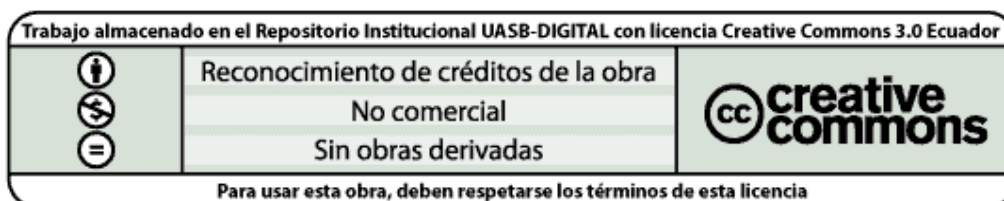
Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho
Programa de Maestría en Derecho
Mención: Derecho Administrativo

**LOS DERECHOS DE SINDICALIZACIÓN, HUELGA Y NEGOCIACION COLECTIVA: SU
POSIBLE APLICACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ECUATORIANA**

Ximena Garbay Mancheno

Quito, 2014



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Ximena de Lourdes Garbay Mancheno, autora de la tesis intitulada **LOS DERECHOS DE SINDICALIZACIÓN, HUELGA Y NEGOCIACION COLECTIVA: SU POSIBLE APLICACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ECUATORIANA**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución, divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por autorización, incluye la reproducción total o parcial de los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

20 de marzo de 2014

.....

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho
Programa de Maestría en Derecho
Mención: Derecho Administrativo

**LOS DERECHOS DE SINDICALIZACIÓN, HUELGA Y NEGOCIACION COLECTIVA: SU
POSIBLE APLICACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ECUATORIANA**

Ximena Garbay Mancheno

Tutora: Dra. Elisa Lanas

Quito

ABSTRACT

La relación entre empleados públicos y los órganos del estado ha ido evolucionando notablemente sobre todo en las últimas décadas, hasta el punto que ya no puede decirse que son solamente que estos empleados son un instrumento del Estado para el cumplimiento de sus fines, sino sujetos de derechos no solo subjetivos sino también de aquellos que reconocen los convenios internacionales y la Constitución de la República para el sector laboral en general.

En efecto, la Organización Internacional del Trabajo, a través de los convenios 87 y 98 y posteriormente con la expedición de los convenios 151 y 154 reconoce expresamente la aplicación de los derechos colectivos para los empleados públicos, que implica entre otras cosas la posibilidad de asociarse y consecuentemente negociar condiciones de empleo e incluso ejercer el derecho de huelga, lo que trastoca el carácter estatutario que tiene el régimen de la Función Pública.

Si bien este tema ya ha sido tratado con mayor profundidad en otros países en donde se han incorporado en sus legislaciones mecanismos de participación directa de los empleados en las decisiones de la Administración Pública, en el Ecuador no ha sido profundamente discutido, por lo que es necesario generar un análisis crítico de esta temática, para que pueda ser motivo de debate jurídico.

Agradezco a la Dra. Elisa Lana,
por su valiosa opinión crítica.

TABLA DE CONTENIDO

Páginas

| | |
|--------------------|---|
| Introducción | 9 |
|--------------------|---|

CAPITULO I

UBICACIÓN DOCTRINARIA DE LA FUNCION PÚBLICA

| | |
|--|----|
| 1.- La Función Pública | 11 |
| 2.- Naturaleza Jurídica de la Función Pública | 17 |
| 2.1.- Teorías Civilistas..... | 17 |
| 2.1.1.- Teoría del Mandato..... | 18 |
| 2.1.2.- Teoría de la locación de servicios | 20 |
| 2.2.- Teorías de Derecho Público | 21 |
| 2.2.1.- Teoría del contrato público | 21 |
| 2.2. Teoría Estatutaria | 22 |
| 3.- Ubicación de la teoría estatutaria en la legislación ecuatoriana..... | 24 |
| 4. La teoría estatutaria y los derechos colectivos laborales en la función pública..... | 27 |

CAPITULO II

APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS COLECTIVOS.

| | |
|---|----|
| 1.- Antecedentes históricos..... | 30 |
| 2.- Análisis de los convenios 87 y 98 de la OIT..... | 32 |
| 3.- Convenio 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la administración pública..... | 37 |
| 4.- Convenio 154 sobre negociación colectiva..... | 40 |

CAPITULO III

LOS SERVIDORES PUBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

| | |
|--|----|
| 1. Evolución histórica de la función pública en el Ecuador | 42 |
|--|----|

| | | |
|----------|--|----|
| 1.1 | La función pública ecuatoriana en el siglo XX..... | 43 |
| 1.1.1. | La Ley de Hacienda..... | 44 |
| 1.1.2.- | Leyes de los servidores públicos..... | 44 |
| 1.1.2.1 | Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa | 47 |
| 1.1.2.2. | Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa..... | 48 |
| 1.2. | Normativa actual..... | 49 |
| 1.2.1 | Ley Orgánica de Servicio Público..... | 49 |
| 2. | Tratamiento de los derechos colectivos de sindicalización y huelga en la Constitución ecuatoriana | 52 |
| 2.1. | Tratamiento de los servidores públicos la Constitución 2008 | 54 |
| 2.2. | Los derechos colectivos en la Corte Constitucional ecuatoriana..... | 61 |

CAPITULO IV

ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS DE LA OIT RATIFICADOS POR EL ECUADOR, EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ECUATORIANA.

| | | |
|----|---|----|
| 1. | El rol de la comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT | 66 |
| 2 | Revisión histórica de las observaciones realizadas por la CEACR, respecto a la aplicación de los Convenios 87 y 98 en la función pública ecuatoriana..... | 67 |
| 3 | Comentarios a las observaciones realizadas por la CEACR | 72 |
| 4 | Carácter vinculante de las normas de la OIT | 78 |

CAPITULO V

ANÁLISIS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

| | |
|---|------------|
| 1.- Legislación Colombiana | 82 |
| 1.1. Aspectos generales sobre la función pública en la Constitución Colombiana | 82 |
| 1.2 Derechos Colectivos de los servidores públicos..... | 85 |
| 1.2.1. Los sindicatos | 85 |
| 1.2.2. Sobre el derecho de huelga | 86 |
| 1.3 Aplicación de los convenios 151 y 154 en la legislación colombiana | 89 |
| 1.4 La jurisprudencia constitucional colombiana..... | 90 |
| 2.- Legislación Española | 93 |
| 2.1. Generalidades | 93 |
| 2.2 Los derechos laborales en la función pública | 97 |
| 2.2.1 El derecho de huelga | 100 |
| 2.2.2 La negociación colectiva | 102 |
| 3.- Reflexión final | 106 |
| CONCLUSIONES | 107 |

INTRODUCCIÓN

La relación jurídica que existe entre la Administración Pública y sus empleados ha constituido desde el punto de vista doctrinario y también práctico, materia de discusión, lo que ha dado lugar a que sea analizada desde varias corrientes teóricas.

Se ha dicho que las teorías sobre la función pública pueden dividirse en tres ámbitos: Teoría del Derecho Privado, que considera al vínculo entre el servidor y el Estado como una relación de carácter contractual sujeta, al derecho civil pues existe un consentimiento recíproco, además se toma en cuenta la capacidad para contratar y existe un objeto lícito sobre el cual se basa la contratación. Por otro lado, las teorías mixtas afirman que en la función pública existen elementos de Derecho Público y de Derecho Privado.¹ Sin embargo la corriente prevalente ha sido la unilateralista que considera que este vínculo Estado-Servidor Público nace del ejercicio de las facultades que tiene el Estado, plasmándose su poder a través de actos administrativos, que tienen la característica de ser una declaración unilateral de voluntad y que no pueden ser objeto de transacción.

Los convenios 87 y 98 de la OIT; reconocen expresamente la aplicación de los derechos colectivos para los empleados públicos, garantías que se consolidaron con la expedición de los convenios 151 y 154 de la OIT, que prevé mecanismos de aplicación dentro de la Administración Pública. El ejercicio de estos derechos se ha visto obturada justamente por la naturaleza estatutaria por la que se rige el régimen de la Función Pública.

El presente trabajo tiene por objetivo principal demostrar la viabilidad de la aplicación de los derechos colectivos en la función pública ecuatoriana. Para el efecto el trabajo que será desarrollado en cinco capítulos. Se iniciará por la ubicación teórica de la naturaleza jurídica de la función pública. En el segundo capítulo pasaremos a revisar los convenios de la OIT que tratan sobre los derechos colectivos de los trabajadores y empleados públicos que han sido ratificados por el

¹ Araujo Florivaldo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, citado en el artículo *A natureza contractual entre o servidor e o estado*.<http://jus.com.br/revista/texto/6859>

Ecuador, textos que han sido debatidos, llegando a concluir que es procedente su aplicación en el campo de la administración pública. En el tercer capítulo se realizará una revisión de la evolución histórica de los derechos de servidores públicos en la legislación ecuatoriana, desde la expedición de la Ley de Hacienda. El cuarto capítulo se analizará las observaciones que ha realizado la OIT al Ecuador respecto a la aplicación de los convenios 87 y 98 en la función pública ecuatoriana; y, en el último se revisará cómo otras legislaciones regulan el tratamiento de los derechos colectivos para los empleados públicos.

CAPITULO I

UBICACIÓN DOCTRINARIA DE LA FUNCION PÚBLICA

1. LA FUNCIÓN PÚBLICA

Los Estados cuentan con un complejo órgano administrativo cuya conformación varía dependiendo de la organización política de los mismos. Esta organización administrativa ha sido analizada desde un punto de vista objetivo, es decir se le ha estudiado desde la perspectiva de las instituciones y las actividades que realizan dentro de ellas para fortalecer a ese Estado y cumplir con sus fines, esto es lo que se conoce como la Administración Pública.

El capítulo séptimo de la Constitución de la República, que trata sobre la Administración Pública, en su artículo 225 señala lo que comprende el sector público y de acuerdo a esta norma constitucionales se encuentran, todos los organismos y dependencias de las cinco funciones del Estado, las entidades que integran el régimen seccional autónomo, los organismos y entidades creados para el ejercicio para el ejercicio de la potestad estatal para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el estado; y, las personas jurídicas que han sido creadas a través de acto normativo por los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

El artículo 118 de la Constitución de 1998, iniciaba señalando que estas entidades eran parte del Estado y por lo tanto integraban el sector público.

Diríamos entonces que el sector público es el conjunto de organismos y entidades del Estado creadas para satisfacer el interés general, esta es pues, su característica principal. Habrá que tomar en cuenta que cada uno de los entes tienen sus propias particularidades y responsabilidades, de acuerdo a la prestación de servicio de otorgue o la actividad que realice sin embargo todos tienen algo en común y es que se financian con recursos públicos, se someten a la normativa del derecho público y están sujetos control de la legalidad.

De otro lado, el artículo 227 de la Constitución no define de manera específica que comprende la administración pública, simplemente señala que constituye un servicio a la colectividad, regida bajo una serie de principios.

Para el profesor Jorge Fernández Ruíz la Administración Pública es el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público trata de lograr los fines del Estado.²

Parecería entonces que existiría una similitud entre el concepto de sector público y administración pública. Al respecto Vicente Escuin define a la Administración Pública como el conjunto de organizaciones que tienen el encargo la satisfacción de fines de interés general; sin embargo señala algo importante y dice que se tiende a singularizar el término “administración” cuando en la realidad existen múltiples administraciones como la administración del Estado con sus diversas organizaciones, las que integran la administración local así como las corporaciones que se encuentran sujetas a la tutela del Estado y de una entidad local³

En este sentido, de la lectura del artículo 125 de la Constitución Ecuatoriana de 1979, se puede evidenciar el reconocimiento de diversas clases de administraciones públicas. ⁴ Como referencia también podemos citar la Constitución Española que reconoce la pluralidad de las mismas, lo que es recogido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

De lo analizado podemos concluir entonces cuando hablamos Sector Público nos referimos a una concepción más amplia mientras que al referirnos a la Administración Pública estamos frente a un significado más restringido.

² Fernández Ruíz Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, citado por Adriana de los Santos Morales en *Derecho Administrativo I* México, Ediciones Red Tercer Milenio, primera edición 2012, pp 62-63

³ Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Editorial Tecnos, cuarta edición, 2005, pp.87-88

⁴ Constitución Ecuatoriana de 1979, artículo **125**: “ Para la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo del Estado se considerarán como entidades del sector público, las siguientes:

a) los diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado;
b) las entidades, que integran la administración provincial o cantonal, dentro del régimen seccional;
c) las personas jurídicas creada por ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o, para actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos”

Refiriéndonos a lo señalado podría ser objeto de un profundo análisis lo que respecta a que, si aquellos entes que en el ejercicio de las potestades públicas realizan actividades económicas al igual que lo hacen las privadas, son parte de la administración pública o son entidades que sin entrar dentro de esta esfera, simplemente son parte del sector público.

Sin embargo de lo dicho, para efectos de la presente investigación es preciso tomar en cuenta que esta estructura administrativa a través de la cual se construye un Estado, debe ser analizada también desde otra óptica y comprender su dinámica desde el recurso humano que mueve y maneja estos procesos, así como las relaciones jurídicas que les rigen. A este conjunto de personas que son parte de estas organizaciones y que cumplen con finalidades se les denomina función pública.

Para Ramón Parada Vásquez, la función pública debe entenderse como el conjunto de hombres que están a disposición del Estado y son responsables de los servicios públicos y su organización, además se encuentran sometidos a un régimen jurídico propio

Es importante mencionar lo que el jurista Miguel Sánchez Morón señala respecto de la función pública; expresa que es el factor humano de la organización pública, agrupando dentro de ellos a todas las personas que de diversas formas, son parte y prestan sus servicios en los diferentes entes públicos, desde los que son elegidos por votación popular que desempeñan sus funciones de manera periódica, aquellas personas que son designadas por las autoridades para ejercer cargos de dirección; y los que ingresan de manera permanente luego de haber superado pruebas para su ingreso.⁵

El tratadista francés Laubadere, citado por Gustavo Penagos, manifiesta que la expresión función pública puede tener una acepción bastante estrecha y ser utilizada para referirse al funcionario público, sin embargo puede también ser comprendida desde una concepción más amplia y entenderlo como el conjunto de

⁵ Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, España, Editorial Tecnos, 2004, pp. 17-19,

regímenes jurídicos distintos aplicables a la generalidad del personal de la administración.

Desde el punto de vista histórico, la función pública ha ido evolucionando en la medida que los estados se han ido transformado y cambiando su organización política. En los estados feudales los cargos de los funcionarios se transmitían por herencia y posteriormente con la consolidación de las monarquías, se encargaba a personas allegadas al rey diversas funciones para el ejercicio de su autoridad. Las funciones se las ejercía por delegación personal es así que a manera de ejemplo, los virreyes y corregidores representaban al mismo Rey. Se crea organizaciones cada una de ellas con funciones específicas como el ejército, la justicia, la diplomacia etc.⁶

Como señala Sánchez Morón la nobleza y el clero tampoco perdieron importancia, pues gobernaban conjuntamente con el rey y tomaban parte de las decisiones trascendentales del Estado. En el caso de la monarquía española además de tener su jurisdicción, participaban en los Consejos Estamentales y ejercían los mandos militares superiores; sin embargo junto a ellos, también cobran importancia categorías de oficiales y juristas que nada tienen que ver con estos grupos influyentes, sin embargo es en ellos donde se apoya el Monarca, y paulatinamente se convierten en indispensables para el funcionamiento estatal. El vínculo con la monarquía no se origina precisamente de un ordenamiento jurídico, sino que depende del consentimiento del rey.

Con la aparición de los regímenes constitucionales hay una transformación de la función pública, pues el empleado público ya no es una persona ligada a la voluntad del rey. El surgimiento del Estado moderno reconoce el principio de igualdad, a través del cual cualquier ciudadano tiene derecho a acceder a un cargo público.

La idea de una función pública ordenada bajo un régimen jurídico especial, nace a partir de la Revolución Francesa y es Napoleón el gestor de un “orden civil” organizado de manera jerarquizada, normada por una reglamentación propia, cuyos miembros sean reclutados en base a la capacidad y los méritos. Quienes

⁶ (Miguel Sánchez Morón, *Derecho de La Función Pública*, 24)

pasan a formar parte de la función pública deben estar comprometidos plenamente con los fines del estado; a cambio se les otorga ciertas garantías como la estabilidad a través de la implantación de un sistema de carrera.

Esta concepción fue planteada por Napoleón ante el Consejo de Estado Francés en donde manifestó lo siguiente:

“ Yo deseo constituir en Francia el Orden Civil. Hasta el momento no existen en el mundo más de dos poderes: el militar y el eclesiástico. El incentivo de un gran poder y de una gran consideración eliminará esta antipatía filosófica que, en ciertos países, aleja a los más acomodados de los puestos públicos y entrega el Gobierno a los imbeciles y a los intrigantes..... Es necesario imitar en el Cuerpo de profesores la clasificación de los grados militares..... Yo quiero sobre todo una Corporación porque una Corporación no muere nunca....Una Corporación que no tenga otra ambición que ser útil y otro interés que el interés público. Es necesario que este cuerpo tenga privilegios y no sea demasiado dependiente de los Ministros y del Emperador”⁷

Es entonces que, a partir de estas ideas se forman cuerpos de funcionarios al servicio del Estado y se establecen los primeros sistemas de carrera en la Diplomacia, Docencia Universitaria y en ciertas funciones del Consejo de Estado Francés. Con el transcurso del tiempo este sistema se constituye en un modelo que perdurará y trascenderá a lo largo de la historia.

Vale señalar, la importancia que se le ha dado a la función pública como elemento de organización de un Estado, por lo que ha sido motivo de estudio no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde una visión sociológica y política, es por eso que no podemos dejar de mencionar los estudios realizados por el pensador alemán Max Weber, toda vez que sus trabajos sobre lo que denomina la burocracia constituyen un aporte muy importante desde del campo de la sociología.

El tratadista alemán, sostiene que la burocracia, entendida como las personas que prestan sus servicios al Estado, es un elemento característico del estado moderno y de su política. Le considera como “la consecuencia inevitable de una economía racionalmente organizada”⁸.

⁷ Gustavo Penagos, *Derecho Administrativo, Nuevas Tendencias*, Tomo II, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, pp. 237

⁸ Jhon Lewis, *La Sociología de Max Weber*, México, Editorial nuestro tiempo, 1981, pag. 77.

En sus reflexiones sostiene que la burocracia debe responder a un modelo racional que cumpla una función instrumental, pero a más de ello debía ser una fuerza social con intereses y valores propios; y, por lo tanto llevaba una carga fuerte de influencia en la sociedad moderna; decía al respecto, que el grado de progreso hacia una burocracia era la medida decisiva de la modernización del estado⁹.

Para Weber, la burocracia debía tener los siguientes elementos:

- 1.- La asignación de esferas específicas de competencias y que deben estar definidas por reglamentos
- 2.- Estabilidad de los cargos
- 3.- Sistema jerarquizados, pudiendo el superior reglamentar el trabajo de los subordinados.

La característica elemental de esta organización administrativa es su racionalidad, lo que significa que quienes prestan sus servicios al Estado, debían tener conocimiento en áreas claramente definidas, operar de acuerdo a criterios igualmente establecidos capaces de ser analizados intelectualmente y tener la aptitud para realizar las complejas tareas administrativas.¹⁰

Con la evolución del Estado éste asume cada vez más responsabilidades, se encarga de la prestación de variados servicios públicos, de la gestión de áreas estratégicas, así como otras actividades que también desarrolla el sector privado, como es la producción de bienes y servicios, entre otras competencias, por lo que la participación del Estado en el campo social y económico es evidentemente representativa.

Este hecho ha generado el crecimiento en la demanda del empleo público en las diversas ramas profesionales. Diríamos que esta masificación repercute en el comportamiento global de la función pública; si bien se sigue manteniendo el principio de la primacía del bienestar general sobre el particular, cobra también importancia el reconocimiento de los derechos de los servidores públicos y que se incorpora dentro de los ordenamientos jurídicos, hablamos de sus garantías

⁹ David Beetham, *Max Weber y la Teoría Política Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp 164

¹⁰ Max Weber, *Que es la burocracia*, Buenos Aires, Editorial Leviatan, 1991, pp 9-12

individuales. Sin embargo la discusión que aún persiste y que ha generado polémica, es la posibilidad de que puedan acceder a los derechos colectivos laborales, de la misma manera que lo hacen los trabajadores en general.

Al respecto el tratadista, Miguel Sánchez Morón, señala que durante mucho tiempo se mantuvo una fuerte oposición sobre la sindicalización de los servidores públicos, tomando como fundamento que éste derecho tiene su origen en la lucha de clases, por lo que era incompatible con la jerarquía administrativa, sin embargo con el transcurso del tiempo se reconoció esta garantía en Francia y Alemania desde principios del siglo 20.¹¹ De otra parte, el derecho de huelga se consolidó en los años setenta, principalmente en Francia e Italia.

Fortalecida la sindicalización de los empleados públicos, consiguen su participación en el establecimiento de sus condiciones de trabajo y uno de los ejemplos más representativos son los denominados Whitley Councils, en Gran Bretaña.

Sin embargo en algunos países incluido el nuestro, aun no se reconocen estos derechos colectivos laborales para los servidores públicos. Una de las razones que se invoca para mantener la resistencia de su pleno ejercicio es justamente su naturaleza jurídica, que a su vez ha generado diversas posiciones teóricas que vamos a revisar a continuación.

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Como vemos, la función pública se entiende como el conjunto de personas que prestan sus servicios en las instituciones del Estado con el objeto de cumplir sus fines y objetivos, ahora bien es necesario identificar la forma en que se da la integración de estos agentes a los órganos estatales y cómo se forma el vínculo jurídico con el Estado.

Se ha tratado de explicar la naturaleza jurídica de esta relación empleado – Estado desde varias posiciones teóricas, la discusión se centra principalmente en aquellos empleados que mantienen una relación permanente, es decir, los que conocemos como servidores de carrera. Surgen entonces algunas corrientes que pretenden

¹¹(Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 33-37)

explicar el origen del vínculo jurídico y como dice José Canasi, pueden situarse en dos polos opuestos, desde aquellas que plantean la preeminencia única de la voluntad estatal, hasta aquellas que conceden mayor importancia a la voluntad del empleado.¹² De ahí que se ubiquen algunas de las teorías denominadas civilistas, que plantean su origen desde el derecho privado y aquellas que se sitúan plenamente en el derecho público.

2.1 TEORIAS CIVILISTAS

Las teorías civilistas utilizan figuras jurídicas que son propias del derecho privado por esto consideran a la relación empleo-función pública, una relación contractual civil, es decir se reconoce al empleo público como un derecho real, de ahí se puede entender que al situarse en un momento dado de la evolución histórica de los estados, haya existido el derecho a heredar un cargo. En este sentido, Canasi cita a Hauriou quien sostuvo que el empleo es un verdadero derecho de propiedad, pero con la característica de ser precario, lo que hace que el derecho de ejercer un cargo sea revocable.¹³

En este contexto, dentro de las teorías civilistas que más consistencia jurídica han tenido, están la del mandato y la de la locación de servicios.

2.1.1 Teoría del Mandato

La teoría del mandato, para explicar la relación del empleo con el Estado tiene su origen en la época medieval donde los señores feudales mandaban a sus delegados para que realicen negocios y actos a nombre de éste.

Como conocemos, el mandato es un contrato por el cual una persona se obliga de manera gratuita o por el pago de un honorario, a realizar algo por cuenta de otra.

En el Derecho Civil Francés se define al contrato de mandato como aquel por el cual una persona llamada mandante le otorga a otra la facultad de realizar a su nombre uno o varios actos jurídicos.¹⁴

¹² José Canasi, *Derecho Administrativo*, Volumen I, Buenos Aires, editorial Depalma, 1972, pp. 544- 549

¹³ (José Canasi, *Derecho Administrativo*, 545)

¹⁴ Código Civil Francés, artículo 1894

En el Derecho Romano el contrato de mandato tenía la característica de ser gratuito y unilateral y era considerado como el acto por el cual una de las partes se obligaba para con la otra, sin que ésta última contraiga obligación alguna. Con el transcurso del tiempo evolucionó esta concepción y abrió la posibilidad para que esta clase de convenio pueda ser también oneroso y bilateral, es decir ya se fijaría el pago de un valor para quien realiza un negocio a nombre del otro. No se debe olvidar que el propósito de este contrato es la ejecución del negocio jurídico por cuenta y riesgo de quien lo ordena.¹⁵

En la legislación civil francesa, encontramos que el mandato tiene un carácter remunerativo, si el objeto del contrato le obliga al mandatario a ocupar la total o la mayoría de su tiempo, dicho en otras palabras el mandatario será remunerado por el servicio.

Con esta teoría se ha pretendido explicar la vinculación de aquellos funcionarios que han sido elegidos a través de votación popular, pues son los ciudadanos los que le entregan la potestad para que los represente a través de la autoridad que van a ejercer. Esta figura claramente se puede identificar en nuestra Constitución cuando se refiere al mandato que otorgan los ciudadanos a quienes llegan a ocupar una autoridad por medio de las elecciones. Se reconoce además como uno de los derechos de participación la revocatoria del mandato a las autoridades de elección popular.

En ese sentido, el Art. 105 de Constitución vigente señala que:

“Las personas en goce de sus derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular”.

También es importante mencionar que una de las causas de cesación de funciones del Presidente de la República, de acuerdo al Art. 145 de la Constitución, es la revocatoria del mandato según el procedimiento establecido en la carta constitucional.

¹⁵ Enrique Noguera Aarón, *De los Contratos, Principios y Nociones*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1998, pp. 191-192

Podríamos decir entonces que la figura del mandato se encuentra presente en la legislación ecuatoriana solamente para el ejercicio de las funciones de aquellas autoridades de elección popular, pero no de manera general para quienes prestan sus servicios en la función pública ya que su vinculación tiene otras características jurídicas.

2.1.2 Teoría de la locación de servicios

Otra teoría civilista que se ha manejado es la de la locación de servicios, que no es más que el contrato de arrendamiento.

En el Derecho Romano se concebía como el contrato por el cual una persona se compromete con otra a permitirle el goce temporal de una cosa o a ejecutar por ella cierto trabajo, a cambio de una remuneración en dinero, que se denominaba *merces*. La persona que proporcionaba la cosa se denominaba *locatos* y el que va a pagar el precio se le conocía como *conductor*. Está claro que en el Derecho Romano ya se distinguía dos clases de arrendamiento; el de las cosas (*locatio rerum*) y el de servicios (*locatio operarum u operis*)¹⁶

El contrato de arrendamiento se caracteriza por ser un contrato bilateral y se reputa perfecto cuando las partes convienen en la condiciones del contrato, es oneroso porque se pretende obtener beneficios mutuos y generalmente el valor que se paga es equivalente a la cosa o servicio que se presta.

Tomando como fundamento esta figura contractual, se pretende sustentar la relación entre la Función Pública y empleo, porque al igual que el contrato de arrendamiento, existen dos partes que intervienen: por una se encuentra el Estado que es el ente que contrata a un ciudadano para que realice los servicios que requiere, a cambio de un pago; es decir, se configura una obligación recíproca, una parte arrienda sus servicios y la otra le paga un valor por el cumplimiento de este.

Es cuestionable esta teoría, porque no se está tomando en cuenta que la finalidad del Estado es la satisfacción de los intereses generales, en consecuencia los servicios que presta el agente público no tienen un carácter mercantil sino una finalidad social. Por otro lado las relaciones del Estado con sus empleados no se

¹⁶ (Enrique Noguera Aarón, *De los Contratos, Principios y Nociones*, 141-143)

encuentran en el mismo nivel, es el Estado por intermedio de sus entes públicos, el que establece las condiciones de empleo de manera autónoma.

Podemos concluir entonces que, de manera generalizada las teorías civilistas han sido rechazadas porque se ha pretendido explicar la relación del empleado público con el Estado desde el campo del Derecho Privado, cuando es indiscutible que el régimen al que se someten estas relaciones es parte del Derecho Público.

2.2 TEORIAS DE DERECHO PÚBLICO

2.2.1 Teoría del Contrato Público

Según esta teoría, si bien es potestad del Estado el establecer las condiciones que regirán las relaciones con los servidores o agentes públicos, lo que le da el carácter de contractual es la aceptación del particular.

Quienes defienden esta teoría sostienen que en la relación servidor- Estado se encuentran todos los elementos de un contrato toda vez que es necesario la capacidad del particular para obligarse y además su consentimiento. Por otro lado hay un objeto lícito y aunque las obligaciones pueden ser establecidas de manera unilateral, este particular no hace que desaparezca la naturaleza contractual de la relación jurídica.

Mientras que para la teoría estatutaria, que más adelante se va a analizar, la voluntad del particular sirve solamente para dar eficacia al acto unilateral de nombramiento, para la teoría del contrato de derecho público el acto de aceptación no puede ser considerado como algo irrelevante, sino más bien debe ser visto como un elemento importante para que se configure la relación empleado- Estado.

La teoría del contrato público, reconoce pues, la potestad del Estado, y en el afán de proteger el interés público sobre el particular, puede determinar de manera unilateral las condiciones de sus funcionarios y adicionalmente establecer cuáles van a ser sus derechos y obligaciones dentro de la función pública. De igual manera, la autoridad pública debe tener la capacidad para modificar las condiciones de empleo, a las que deberá adaptarse el agente público. Aquel que esté interesado en ofrecer sus servicios manifestará su conformidad con las normas impuestas por los órganos estatales, sin embargo se considera que lo que

hace que esta relación tenga el carácter contractual es la aceptación del funcionario a la designación.¹⁷

Al respecto el Profesor Gustavo Magalhaes señala que, a pesar de que la autonomía de la voluntad puede ser comparada con la concepción liberal del contrato, es evidente que el acto de aceptación de las condiciones preestablecidas, consiste en un verdadero ejercicio de libertad de contratar.¹⁸

Como crítica a la teoría del contrato de derecho administrativo se ha sostenido que el agente o funcionario público de ninguna manera se encuentra en la misma situación frente a la administración pública y que el Estado tiene la plena facultad de modificar el régimen de la función pública sin consentimiento o aceptación del funcionario, lo que demuestra que son las normas las que establecen las condiciones y el particular lo que hace es adaptarse a ellas.¹⁹

2.2.2. Teoría Estatutaria

Dentro de las teorías propias del Derecho Público, la que más ha sido aceptada y también analizada, es la denominada teoría estatutaria, llamada también “unilateralista”. Esta concepción surgió durante la formación del estado liberal como oposición al patrimonialismo que era una característica propia del Estado Absolutista; y se consolidó en la segunda mitad del siglo diecinueve, con afianzamiento del Estado Burgués.²⁰

El régimen jurídico estatutario, se caracteriza porque el vínculo entre la Administración y el servidor público se rige por un conjunto de derechos y obligaciones establecidos de manera unilateral por el Estado a través del estatuto jurídico que le rige. Esto quiere decir que son las normas legales las que definen la situación del servidor público y no el acuerdo entre las partes.

El régimen estatutario se caracteriza por tener una naturaleza normativa y reglamentaria, por lo tanto la situación del servidor público será determinada por

¹⁷ Manuel María Díez, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Plus Ultra, 1981, pp.84

¹⁸ Gustavo Alexandre Magalhaes, *Revista electrónica APROBATUM*, www.aprobatum.com.br/revista, Edición 0, Brasil, Agosto-Octubre 2008, pp. 19

¹⁹ (Manuel María Díez, *Manual de Derecho Administrativo*, 85)

²⁰ Omar Alfredo Auton, ponencia presentada en el panel *Procesos de Modernización y Participación de los Trabajadores. La Democratización de la Relaciones Laborales como Aporte a la Calidad Institucional*. Cuarto Congreso de Administración Pública, 2007, Buenos Aires, pp. 1

la ley, diferente al régimen contractual en donde las partes establecen las cláusulas a las cuales se van a obligar.

Otra característica importante del régimen estatutario es que, como consecuencia de la predeterminación de la situación jurídica del servidor a través de la ley, éste se vincula a la función pública a través de un acto administrativo, en el que se expresa su nominación y se perfecciona con su aceptación, lo cual no significa que exista un acuerdo de voluntades, pues esta desaparece ya que las condiciones del trabajo fueron puestas por la norma, por lo tanto el servidor no tiene ninguna injerencia sobre ellas.²¹

De lo expresado se concluye que, el servidor está sujeto a un estatuto que rige sus relaciones con el Estado, siendo irrelevante para éste cuál sea su contenido, pues deberá sujetarse a las disposiciones impuestas en el mismo, tomando en cuenta además que pueden ser modificadas por el legislador en un momento dado en aras del interés público, debiendo entonces el servidor adaptarse a las nuevas condiciones que le son impuestas normativamente.

Por otro lado, al producirse el ingreso del empleado a la función pública a través de un acto unilateral, éste no tiene capacidad para cambiar sus condiciones de empleo por sí solo, puesto que es facultad exclusiva de las respectivas autoridades.

Entonces podemos concluir que, desde este razonamiento, la relación jurídica del empleado con la Administración Pública no podría ser de ninguna manera contractual.

En esta línea de pensamiento citaremos lo que dice el profesor Gustavo Penagos, que señala lo siguiente:

“Los funcionarios están sometidos a un régimen jurídico cuya existencia es anterior al momento de su ingreso a la función pública y ha sido creado unilateralmente por la administración, la que, por consiguiente, puede modificarlos en cualquier instante para adaptarlo a la satisfacción del interés general.....”²²

²¹Gustavo Alexandre Magalhaes, Revista electrónica APROBATUM, pp. 22

²² (Gustavo Penagos, *Derecho Administrativo Nuevas Tendencias*, 265)

Plantea pues la teoría unilateralista que, al establecer por medio de un estatuto jurídico, las condiciones que van a regir a los funcionarios públicos, se busca garantizar que prime el interés público sobre el particular, lo que no podría hacerse dentro de un contexto de carácter privatista en donde las partes establecen de mutuo acuerdo sus derechos y obligaciones, es decir se encuentran en igualdad de condiciones, lo que iría en contra del principio de primacía del Estado de donde nace la autoridad y el orden público.

3.- UBICACIÓN DE LA TEORIA ESTATUTARIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Como ya habíamos indicado la doctrina ha querido explicar la naturaleza jurídica de la función pública desde varias concepciones teóricas, la más aceptada sigue siendo la teoría estatutaria que plantea una relación jurídica de carácter legal entre el empleado y el Estado, es decir las reglas sobre las cuales se rige esta relación se encuentran preestablecidas en una ley o norma reglamentaria; por lo tanto las condiciones en las que ingresa una persona a prestar sus servicios no pueden ser objeto de una discusión individualizada ni subjetiva, ya que el legislador a través de las normas ya las ha determinado previamente. Para la teoría estatutaria, lo que debe prevalecer es el interés público y por ello es el Estado el que debe imponer las normas para quienes van a prestar sus servicios en sus instituciones, normas que pueden ser modificadas en cualquier momento por los órganos de poder competentes, cuando el Estado lo requiera para el cumplimiento de sus fines.

Como consecuencia de lo señalado, la vinculación del funcionario o empleado a la administración pública se legitima a través de un acto unilateral emitido por la autoridad, dicho de otra manera, no existe un acuerdo entre dos partes, pues las condiciones del servicio a prestarse ya se encuentran regladas de manera previa en una norma. El acto unilateral al que llamamos nombramiento se perfecciona con la aceptación del empleado público.

Como hemos podido constatar, de la evolución histórica de la legislación ecuatoriana, en cuanto se refiere a la normativa que regula las relaciones de los servidores públicos, desde el inicio de la República hasta la actualidad, se evidencia la influencia que ha tenido esta posición teórica.

La actual Constitución de la República de 2008, recoge el principio de legalidad y estipula que todas las instituciones del Estado, sus organismos y sus servidores, podrán ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas por la máxima norma y por la ley;²³ y en esta misma línea de pensamiento, se dispone que sea la ley la que determine las condiciones el ingreso, ascenso y promoción de los servidores públicos, dentro de la carrera administrativa.²⁴

El Art. 229 de la Constitución estipula lo siguiente:

“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.” (Lo subrayado es mío)

Queda claro entonces, que las condiciones de empleo de los servidores públicos se sustenta en una norma legal, así lo dispone nuestra Constitución, por lo tanto es el Estado de manera unilateral quien determina las condiciones, derechos y obligaciones que van a tener las personas que ingresen a prestar sus servicios en cualquiera de sus entes y organismos.

Como ya lo hemos visto, la legislación ecuatoriana, como la mayoría de legislaciones de la región, no ha escapado a regular la relación jurídica del empleado público a través de un régimen normativo y reglamentario; esto se puede apreciar desde la expedición de la Ley de Hacienda de 1927 así como sus reformas en 1928 y las posteriores leyes que regulan la carrera administrativa. Vale decir también que han sido estas normas legales las que han establecido la figura jurídica para la vinculación del empleado, esto es, a través de un acto unilateral de la autoridad que es el nombramiento y que se perfecciona con la aceptación del particular.

²³ Constitución del Ecuador vigente, artículo 226

²⁴ Constitución del Ecuador vigente, artículo 228

Si bien esta aceptación constituye una manifestación de voluntad, ésta no implica que haya un acuerdo entre las partes, solamente debe entenderse como un requerimiento para el perfeccionamiento del acto de nombramiento.

Ahora bien, la anterior Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, expedida en el año 2003, así como la actual Ley Orgánica de Servicio Público prevén el ingreso de los empleados también bajo la modalidad de contratos, no obstante se debe precisar que bajo esta figura contractual no se puede convenir las condiciones de trabajo, pues al igual que en el nombramiento, permanece la voluntad unilateral de la autoridad para contratar sin que la parte contratante pueda determinar sus derechos, obligaciones y demás condiciones para la prestación del servicio, pues estos ya están igualmente predeterminados en una norma legal y reglamentaria, en consecuencia, los términos del contrato no son producto de un acuerdo entre partes; aunque el ingreso se haga a través de un contrato de naturaleza jurídica la relación con el órgano estatal sigue siendo estatutaria.

El Art. 19 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa señalaba lo siguiente: “..... La prestación de servicios ocasionales por contrato se regirá por las normas de esta Ley y su reglamento”

La actual Ley Orgánica del Servicio Público, establece que los contratos de servicios ocasionales no podrán exceder de doce meses o hasta que culmine el resto del ejercicio fiscal en curso, exceptuando aquellos contratos que sean para contratar personal que ejecuten proyectos de inversión ya que pueden tener una mayor duración; y los que sirven para contratar a personal que se encuentre dentro del nivel jerárquico superior, es decir aquellos puestos que son de libre nombramiento y remoción.²⁵

Hay que tomar en cuenta que los contratos de servicios ocasionales tienen una duración temporal; tampoco generan estabilidad para el contratante y pueden terminar en el plazo establecido en la ley o cuando la autoridad contratante lo disponga, no así los nombramientos que generan estabilidad, por lo tanto,

²⁵ Ley Orgánica de Servicio Público, RO 6 de octubre de 2010, artículo 58.

solamente podrá terminar la relación laboral con el empleado, por las causas previstas en la ley y siguiendo el procedimiento previsto para el efecto.

En todo caso, tanto los servidores que se han vinculado a la función pública a través de un nombramiento, como los que prestan sus servicios bajo la modalidad de contrato, se deben sujetar a las condiciones que para el efecto se encuentran previstas en la Ley. Vale indicar que, incluso los derechos de los servidores públicos se encuentran preestablecidos; el artículo 23 de la Ley Orgánica de Servicio Público, los que han sido declarados irrenunciables; uno de los derechos que se reconoce, es el de asociación.

Uno de los argumentos que sustentan esta teoría estatutaria es que, en el campo de lo público la prevalencia del interés general debe estar por sobre el particular, por lo tanto la prestación de un servicio implica la renuncia de fines subjetivos a cambio del cumplimiento de un deber. Al amparo de esta concepción teórica, se entendería entonces, que quienes integren la función pública deben cumplir incondicionalmente los fines estatales.

En esta línea de pensamiento, Jairo Villegas cita al profesor alemán Otto Mayer que señala que *“El elemento característico que distingue al servicio del Estado de todas las otras obligaciones de este género, es la fuerza particular mediante la cual el Estado se adueña de la persona: la abnegación personal y la fidelidad al servicio se exigen....”*²⁶

Esta posición históricamente aceptada, ha hecho que al empleado público se lo considere como un elemento más del aparataje estatal y no como un trabajador, sin embargo es necesario replantear esta posición, toda vez que el servicio que presta el agente público, antes de ser considerado como una expresión de sacrificio por el fin público, constituye un hecho social trascendental que contribuye al cumplimiento de los fines del Estado, lo que no debería impedir que puedan tener el mismo tratamiento que el resto de trabajadores y por lo tanto cuenten con la posibilidad de acceder al otorgamiento de los mismos derechos, de los que gozan los primeros, hablemos específicamente de los denominados derechos colectivos

²⁶ Otto Mayer, citado por Jairo Villegas, en *Empleados Públicos y derecho de negociación colectiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 25

de autotutela, los que ya han sido reconocidos en los convenios internacionales de la OIT a favor de los servidores públicos.

4. LA TEORIA ESTATUTARIA Y LOS DERECHOS COLECTIVOS LABORALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Podemos decir con bastante certeza, que la teoría estatutaria o unilateral ha sido la más aceptada para explicar la naturaleza jurídica de la función pública; sin embargo ha sido justamente esta posición teórica, una de las razones por las que no ha podido avanzar en el reconocimiento de varios derechos que están garantizados para otros sectores laborales, ya que el agente público, funcionario, o servidor, como se quiera denominar, es visto como un objeto del poder administrativo y no se le reconoce la calidad de sujeto de derecho.

En esta línea de pensamiento, la profesora brasileña Luisa Cristina Pinto, manifiesta que se ha creado un mito en torno al modelo unilateral o estatutario; y llega incluso a afirmar que al ingresar a la función pública, el servidor pierde su condición de persona.²⁷

Sin embargo, es necesario replantear estas concepciones teóricas, pues a la par que van evolucionando las sociedades a nivel mundial, también la función pública debe colocarse en un nuevo escenario; es preciso que exista un dinamismo dentro del régimen jurídico que regula a los servidores públicos, que comience a verlos, no como un objeto del aparataje estatal, sino como lo que son, ciudadanos, que además de obligaciones también se les debe reconocer los derechos que tienen los demás trabajadores, incluso los que son parte de derechos laborales colectivos.

Sin duda, estos planteamientos en la actualidad han dejado de ser una polémica en otros países y desde hace varias décadas se ha incorporado dentro de sus legislaciones, cuerpos normativos que viabilizan el ejercicio de derechos colectivos en la Función Pública.

²⁷ Luisa Cristina Pinto, citada por Daniella Mello en el artículo "Direito da Função Pública: Fundamentos e evolução", *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, V71-N2, Minas Gerais, abril-junio-2009, pp. 122

La Organización Internacional del Trabajo, a través de sus convenios, ampara no solo a los trabajadores del sector privado sino también a los funcionarios de la administración pública, de manera particular citaremos el convenio 151 que como complemento del convenio 87, consolidó las bases de la libertad sindical en la función pública. También podríamos mencionar otros instrumentos internacionales, como el convenio 98 y 154 sobre negociación colectiva, que más adelante los analizaremos a profundidad, y que han sido reconocidos e incorporados en la legislación de numerosos países.

Todas estas reflexiones, nos llevan a pensar que es necesaria una revisión de las relaciones laborales en la administración pública, mirando críticamente la posición de la prevalencia absoluta del interés público, lo que hace que se desconozca la calidad de ciudadano y de trabajador del servidor público.

CAPITULO II

APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS COLECTIVOS

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Hemos visto como la doctrina estatutaria ha determinado sin duda el tratamiento jurídico que se le ha dado a los servidores públicos, en donde es el Estado de manera unilateral el que establece las condiciones de empleo a través de la ley y demás normas reglamentarias. Es la voluntad de la autoridad estatal la única que prevalece, mientras que la de los servidores no interviene en las decisiones que se tomen aun cuando pueda afectar sus derechos. Ha sido esta construcción teórica, la que ha prevalecido pues se considera que quien labora para el Estado no realiza un trabajo común, es mucho más que eso, tiene a su cargo una función para cumplir con el interés público, es decir tiene la obligación de participar en la consecución de los fines del Estado, es por esto que el servidor público ha sido considerado como una pieza más del aparataje estatal, por lo que ha sido difícil separar al Estado- Administrador e identificarlo desde su rol de Estado- Empleador.

Hay que destacar que históricamente, numerosos países de Europa han superado desde ya hace algunas décadas este “obstáculo” que supone la relación jurídica de carácter estatutario con el servidor público. Esta transformación podemos decir que se consolida con posterioridad a la segunda guerra mundial en que se empieza a reconocer el derecho de organización sindical a favor de los trabajadores, lo que llevó a que se reclame su ejercicio también para los empleados públicos a fin de que se garanticen condiciones de empleo más justas.

Como nos explica el profesor español Sánchez Morón, la consolidación del sindicalismo en la función pública “es uno de los hitos, sino el más importante que marcan la transformación sustancial del régimen jurídico de los funcionarios que

se ha producido a lo largo del siglo veinte, sobre todo por el grado de controversia y discusión que ha generado y en principio por la negación absoluta al considerarlo incompatible con los principios en que se basa la función pública”.²⁸

El transcurso del tiempo y el desarrollo notable del sector público conlleva a que la administración pública ya no sea un grupo de personas privilegiadas pertenecientes a una élite como era en su origen, pues a la par de la evolución de los organismos del Estado, se va conformado por un sinnúmero de empleados que si bien tienen la obligación de cumplir con las obligaciones impuestas por el Estado, pretenden también el reconocimiento de sus derechos, para lo cual requieren instrumentos jurídicos que hasta determinado momento histórico solamente eran utilizados por el sector laboral privado.

En este contexto social, aparecen los primeros organismos en los que participan tanto representantes de los empleados públicos como delegados de la administración pública: Los célebres “Whitley Council” de Inglaterra, creados en 1919; el Consejo Superior de la Función Pública en Francia; el Comité de Consulta Sindical en Bélgica y en Estados Unidos los “Employes Council”.²⁹

En su primera fase, dentro de estos organismos los representantes de la administración se limitan a informar sobre sus actuaciones y a recibir quejas por parte de los representantes sindicales. Más adelante, aparece la consulta no vinculante a los empleados públicos, sin embargo la Administración Pública sigue reservándose el derecho de tomar decisiones de manera unilateral.

Posteriormente, con el fortalecimiento de los organismos sindicales de empleados públicos, se reconoció en algunos países, la negociación colectiva sobre aspectos que repercutían en las condiciones de trabajo dentro de la administración pública.³⁰

El reconocimiento del derecho de sindicalización se produjo en unos países mucho antes que en otros y con diversos grados de flexibilidad. Al respecto, Noemí Rial

²⁸ Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pag. 233

²⁹ Jairo Villegas Arbeláez, *Empleados Públicos y derecho de negociación colectiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2da edición, 2007, pp. 47.

³⁰ (Jairo Villegas Arbeláez, *Empleados Públicos...*, 48)

sostiene que luego de 1945, a partir del desarrollo del denominado “constitucionalismo social”, la juridicidad del derecho sindical de los funcionarios públicos se consolidó definitivamente.”³¹

2. ANALISIS DE LOS CONVENIO 87 Y 98 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, adoptado por la Organización Internacional de Trabajo en el año de 1948, constituye un reconocimiento expreso de la necesidad de establecer normas que garanticen el derecho de sindicalización, no solo para los trabajadores en general, sino también para los empleados públicos, lo cual constituye un gran avance en materia de derechos colectivos.

En cuanto a la libertad sindical establece que tanto los empleadores como los trabajadores sin distinción, tienen derecho a constituir organizaciones sin autorización previa y a afiliarse a las mismas y se conmina a las autoridades públicas a abstenerse de realizar acciones que limiten o impidan el ejercicio de este derecho.³² De otra parte, el segundo apartado del artículo 8 de este instrumento internacional, establece que la legislación nacional de cada país deberá ser aplicada sin que se menoscabe las garantías previstas en este convenio, por lo tanto la normativa interna debe estar acorde con lo previsto en este instrumento, lo cual implicaría armonizar a través de la expedición de nuevas leyes o reformar el ordenamiento jurídico ya existente.³³

Otro aspecto que es relevante mencionar, es que el Convenio 87 reconoce la posibilidad del ejercicio de los derechos de sindicalización, también para los miembros de la Fuerza Pública en general, es así que, el primer apartado del Art. 10 estipula lo siguiente:

³¹ Noemí Rial, *La negociación colectiva en el sector público*, ponencia presentada en el XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Buenos Aires, 7 de noviembre del 2008, pp. 2

³² Convenio 87 de la OIT, artículos 2 y 3.

³³ Convenio 87 de la OIT, artículo 8.

“La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.”³⁴

Como se puede observar el Convenio 87 al señalar que “todos los trabajadores sin discriminación” tienen derecho a constituir organizaciones, se debe entender que se encuentran dentro de esta esfera, los empleados públicos, más aún cuando este mismo instrumento permite el ejercicio del derecho de sindicalización para el personal encargado de mantener el orden público, esto es los miembros de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, para lo cual la legislación nacional podrá establecer las restricciones que considere necesarias.

En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en noviembre de 1969, también reconoce el derecho de toda persona a asociarse, formar sindicatos y a afiliarse a ellos, pudiendo establecerse restricciones solamente para los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional.³⁵

La existencia y el reconocimiento del derecho de sindicación tienen una razón de ser; y es que los trabajadores puedan defender sus intereses económicos y laborales, por tanto, la sindicalización permite a la vez, el desarrollo de acciones colectivas de autotutela como son la huelga y la negociación colectiva. Es por esto que poco después del reconocimiento del Convenio 87, en el año de 1949, se adoptó el Convenio 98 relativo a los principios que rigen el derecho de sindicalización y la negociación colectiva, que contiene normas concernientes a la protección de los trabajadores contra actos que atenten al libre ejercicio del derecho de sindicalización y sobre la intervención de los empleadores en las organizaciones sindicales.

Los primeros articulados de este instrumento internacional del trabajo, se refieren a la protección de los trabajadores frente a cualquier acto de discriminación que coarten el derecho de sindicalización; y a la protección de las organizaciones de

³⁴ Convenio 87 de la OIT, inciso primero del artículo 10.

³⁵ Pacto San José de Costa Rica, artículo 16.

trabajadores contra cualquier acto de injerencia que atente contra su funcionamiento, principalmente aquellas acciones encaminadas a que las organizaciones de trabajadores sean sometidas por los empleadores o que busquen su control de cualquier manera, incluso a través de financiamientos económicos.

Por otro lado, se reconoce las particularidades de las legislaciones de cada país, en tal virtud, se propugna la creación de organismos, así como la adopción de medidas que impulsen la consolidación de la libertad sindical y la aplicación de negociación voluntaria entre empleadores y trabajadores, de acuerdo a las condiciones nacionales.³⁶

Tienen particular importancia aquellas disposiciones que delimitan la esfera de su aplicación; así, el primer inciso del artículo 5 establece que:

“La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.”

Queda claro que, al igual que lo previsto en el Convenio 87, este instrumento podrá ser aplicado en las Fuerzas Armadas como en la Policía, en tanto la legislación interna de cada país así lo establezca y de acuerdo a las condiciones que se prevean para su aplicación.

Resultaría contradictorio que a través del Convenio 98, se garantice la protección sindical y la negociación colectiva, aunque de manera restrictiva, para las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y por otro lado, se pretenda pensar que quedan excluidos los empleados públicos, pues así se ha interpretado el contenido del artículo 6 de este instrumento, que señala textualmente que:

“El presente convenio no trata la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.”

³⁶ Convenio 98 de la OIT, artículos 3 y 4

La utilización de la expresión *funcionario público* en el Convenio 98 ha generado dificultades de aplicación en el campo de la administración pública, pues no se hace una distinción entre aquellos que ejercen un cargo de dirección y el de empleado público que no tiene funciones de mando, hecho que en la doctrina del derecho administrativo también ha sido objeto de discusión, pero Manuel María Díez acertadamente nos aclara al señalar que los funcionarios públicos son aquellos que tienen derecho de mando, de iniciativa y de decisión; los funcionarios pueden declarar la voluntad del Estado; los diferencia de los empleados que se encuentran en escalas jerárquicas inferiores y que son los que atienden y ejecutan las decisiones de las autoridades.³⁷

Justamente la dificultad de aplicación del convenio 98 está en que se ha dado una interpretación demasiado amplia a la expresión *funcionario público*, cuando ésta abarca solamente a quienes ejercen la titularidad y llevan la administración de los órganos estatales.

Jairo Villegas explica que esta disposición ha sido objeto de varias interpretaciones y discusiones sobre el alcance de la misma y en este contexto los defensores de la clásica teoría estatutaria de la función pública, han señalado que la denominación de *funcionarios públicos* abarca a todas las personas que se rigen por el estatuto del derecho público, llegando a la conclusión que, si bien se reconoce el derecho de asociación sindical para los empleados públicos a través del Convenio 87, se restringe el derecho de negociación colectiva, según lo expresado en el Convenio 98.³⁸

Sobre este tema, la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1957, conoció el informe de la Comisión de Expertos en que se estimó que la negociación colectiva debería entenderse como un medio normal para el establecimiento de las condiciones de empleo de los empleados de las diferentes administraciones públicas y se acordó que esta temática debía ser analizada con más profundidad.³⁹

³⁷ (Manuel María Díez, Manual de Derecho Administrativo, 80.)

³⁸ (Jairo Villegas Arbleáez, Empleados Públicos 50.)

³⁹ Ramón Parada Vásquez, *Sindicatos y Asociaciones de Funcionarios Públicos*, Madrid, 1968, pp 63-64 citado por Jairo Villegas Arbleáez, en *Empleados Públicos y derecho de negociación colectiva*, pp. 51

Años más tarde, la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, presentó un informe en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1977, sobre el alcance de la aplicación del convenio 98 en el que se señaló que se debe hacer una diferenciación entre los funcionarios públicos que son los que ocupan puestos en los que administran el Estado con aquellos de menor jerarquía y que actúan como subalternos. Determinó además que la terminología “*funcionario público*” utilizada en un mismo idioma pero en diferentes países no significa lo mismo, por lo que se debe utilizar expresiones que sean relativamente uniformes y que a la vez sean compatibles con las diferentes legislaciones. Se afirma entonces que dejar fuera del ámbito de aplicación del convenio 98 a las personas empleadas por el Estado que no actúan como órgano de poder es contrario al sentido del convenio⁴⁰

Otro inconveniente que ha restringido la aplicación de este convenio, es que se ha manejado el criterio que el resultado de la negociación entre empleadores y trabajadores, solamente se concreta a través del contrato colectivo, instrumento que no es aplicable para la generalidad de las administraciones públicas ya que las condiciones de empleo de su personal son fijadas a través de un estatuto jurídico que debe ser aprobado por la función legislativa y complementadas por normas de menor jerarquía que tenga que expedir la administración pública.

Como herramienta para la sistematización de la negociación colectiva, el convenio toma en cuenta solo al contrato colectivo, instrumento utilizado mayormente en el sector laboral en general, sin que se haya previsto otros instrumentos diferentes que viabilicen esta garantía laboral en la administración pública.

En el caso del Ecuador, el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, así como el Convenio 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y negociación colectiva han sido ratificados, el primero en 1967 y el segundo en 1959.

Esta aceptación oficial obliga a nuestro país a acatar estos instrumentos internacionales, por lo que deben presentar informes permanentes, comunicando

⁴⁰Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 1977

sobre las medidas tomadas dentro de la legislación para dar cumplimiento a lo previsto en estos instrumentos internacionales.

3. CONVENIO 151 DE LA OIT SOBRE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El ámbito de aplicación de este convenio incluye a todas las personas que sean empleadas por la administración pública, estableciendo restricciones solamente para aquellos empleados públicos de alto nivel que gozan de poder de decisión, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, para estas categorías deja la salvedad para que pueda aplicarse de acuerdo a lo que se determine internamente por cada legislación nacional.

Para efectos de la aplicación de este instrumento se considera como **“organización de empleados públicos”** la que tenga como objetivo fomentar y defender los intereses de los empleados públicos, independientemente de su composición.⁴¹

Noemí Rial explica que se introdujo este texto con la finalidad de que se abarque a los denominados sindicatos mixtos, compuestos por trabajadores que son parte, tanto del sector público como del sector privado; organizaciones que son reconocidas en diversos países, cuya legislación lo permite.⁴²

Sobre la participación de estas organizaciones, el convenio establece que deberá intervenir en la negociación de las condiciones de empleo en la administración pública, así como en la solución de conflictos, aquellas organizaciones que tengan mayor representatividad, a las que se les deberá reconocer el derecho de exclusividad para participar en estas actividades. Esta medida se estableció con la finalidad de evitar la proliferación de organizaciones que congreguen las mismas clases de empleados públicos y que se produzcan dificultades en el momento de la negociación, por lo que los países signatarios tienen que incorporar los mecanismos y procedimientos adecuados en cada legislación.

⁴¹ Convenio 151 OIT, artículo 3.

⁴² Noemí Rial, “La negociación colectiva en el sector público”, ponencia presentada en el XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, 7 de noviembre del 2008, pp. 4.

De otro lado, se refiere particularmente a la protección que deben tener los empleados públicos contra cualquier acto de discriminación antisindical, como el condicionamiento del empleo a la no afiliación de una organización gremial o el despido o cualquier otra forma de perjuicio que tenga como causa u origen, el ser miembro o ser parte de una de estas organizaciones. De igual manera, se garantiza la protección de las organizaciones de los empleados públicos para que las autoridades públicas no puedan intervenir en su constitución y funcionamiento. En tal virtud, se consideran actos de injerencia de las autoridades públicas, cuando las organizaciones están sometidas al poder público o cuando sostienen económicamente a los gremios con el objeto de tenerlas bajo su control.

Vale indicar que esta parte del Convenio 151 recoge casi textualmente lo ya dicho en los dos primeros artículos del convenio 98, en lo concerniente a la protección contra acciones de discriminación que menoscaben la libertad sindical y sobre actos de injerencia de los empleadores en las organizaciones sindicales. En el convenio 151 se adecua su redacción a la esfera de su tratamiento, de tal manera que en vez de “sindicatos” o “asociación de trabajadores” se usa la expresión “organización de empleados públicos” y la palabra “empleadores” es sustituida por “autoridad pública”, de tal manera que no quede duda del alcance de la aplicación de este instrumento.

También se establece que los conflictos que puedan surgir a causa de la determinación de las condiciones de empleo, sean solucionados a través de la negociación entre las partes o también utilizando métodos alternativos como la mediación y el arbitraje, todos estos mecanismos adecuados a las condiciones de cada país. Como dijimos anteriormente, esta parte del convenio seguramente es la de mayor relevancia, toda vez que contempla uno de los temas que mayor discusión ha provocado, como es la posibilidad de que los empleados puedan participar a través de sus organizaciones representativas en la regulación de las condiciones de empleo

Se puede decir que el contenido del artículo 7, converge con lo expresado en la disposición cuarta del Convenio 98, no obstante cada uno de ellos tiene sus particularidades; así, este último plantea únicamente el contrato colectivo como resultado final de la negociación colectiva, mientras que, el Convenio 151, no habla

específicamente de negociación colectiva, sino que de manera general se refiere a los mecanismos de negociación que pueden ser utilizados para determinar las condiciones de empleo y se pronuncia sobre cuáles son los procedimientos de negociación a los que se puede acudir; estos son la mediación, la conciliación y el arbitraje.⁴³

Como complemento del Convenio 151, se aprobó en el mismo mes de junio de 1978, algunas directrices que se denominaron Recomendaciones sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, conocidas más como Recomendación No. 159, que contiene criterios y orientaciones generales para la mejor aplicación de este instrumento internacional y en este sentido se sugiere que los órganos competentes para negociar en representación de la autoridad pública correspondiente, así como los procedimientos para ejecutar los acuerdos a los que se llegue sobre la condiciones de empleo, estén preestablecidos en la legislación nacional. De la misma manera cuando se prevea otros mecanismos diferentes a la negociación que tengan como fin la participación de los empleados públicos en las condiciones de empleo, el procedimiento debe estar determinado en la normativa interna.

Esta recomendación es plenamente válida, toda vez que se requiere mecanismos efectivos que garanticen una real participación de los empleados públicos de manera previa a que se elaboren políticas estatales que puedan afectar su situación laboral, es por esto que incorporar dentro de una norma legal los procedimientos a que se refiere el convenio 151, vendría a comprometer a los órganos del Estado a cumplir con la finalidad de este instrumento internacional, cual es, el crear canales de comunicación entre los empleados públicos y las autoridades, del tal manera que puedan ser oídos y atendidas las solicitudes de interés colectivo.

Al igual que los demás trabajadores, se garantiza a los empleados públicos, el goce de los derechos civiles y políticos para ejercer la libertad sindical, sin embargo se reconoce la naturaleza jurídica que les asiste, porque deben cumplir con las

⁴³ Convenio 151 de la OIT, Artículo 8: "La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados." (lo subrayado es mío)

obligaciones que tienen como servidores del Estado, parecería entonces que existe una especie de contrasentido, por cuanto por una parte se proclama el pleno ejercicio de los derechos para los empleados públicos, pero sobre estos, prevalecerían los deberes que demanda el Estado. Este tema ha sido el nudo crítico que ha dificultado, por parte de los órganos estatales, el reconocimiento y aplicación del Convenio 151, pero sin duda este instrumento deja abierta la posibilidad de que la legislación interna de cada país, aplique procedimientos o mecanismos que justamente encuentren un punto de equilibrio, de tal manera que no afecte a ninguna de las partes y que permita la participación de los empleados públicos en la toma de decisiones que deba hacer la autoridad pública y que puedan afectar sus derechos.

4. CONVENIO 154 SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Convenio 154 fue adoptado en la Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo en 1981, con la finalidad de promover la negociación colectiva en todos los ámbitos laborales, de esta manera, como ya lo dijimos, constituye un aporte adicional a lo ya previsto en los Convenios 89, 98 y 151 de la OIT.

En el mismo año, la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo elaboró varias propuestas encaminadas justamente a fomentar la negociación colectiva, por lo que se acordó adoptar la Recomendación 163 sobre legislación colectiva, que viene a ser a su vez un complemento al convenio.

El convenio 154 sobre negociación colectiva, abarca a todos los campos de la actividad económica; y, al referirse a la esfera de la administración pública, se determina que cada país, podrá a través de su legislación interna, “fijar modalidades particulares de aplicación”⁴⁴

Como ya se ha mencionado en los convenios anteriormente analizados, sobre el tratamiento que se debe tener con respecto a los miembros de las Fuerzas

⁴⁴ Convenio 154, numeral 3, artículo 1: “En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio”

Armadas y a la Policía se establece que será cada país el que de acuerdo a su normativa interna, determine los límites de su aplicación.⁴⁵

La disposición segunda del convenio, hace una interpretación más extensiva de la expresión “*negociación colectiva*” y se señala que ésta abarca toda clase de negociaciones entre empleadores y las organizaciones de trabajadores que tengan la finalidad de regular sus relaciones y/o fijar las condiciones de trabajo y empleo. Como ya lo hemos dicho, esta disposición tiene como fin que este mecanismo de autotutela pueda también ser aplicado por las organizaciones de empleados públicos, tomando en cuenta que debido a la naturaleza de su relación laboral no va a ser posible que se suscriba un contrato colectivo en donde se establezcan las condiciones de trabajo, pues éstas ya vienen determinadas en una ley, sin embargo se puede procurar acuerdos sobre aquellos aspectos que no deban ser obligatoriamente previstos de manera unilateral, para lo cual podrán utilizarse otros mecanismos distintos y viables en el ámbito de la función pública; es por esto que la disposición sexta, prevé la utilización de otros mecanismos como la conciliación y el arbitraje, como medios para la negociación entre empleadores y trabajadores, sin embargo hay que tomar en cuenta que, para que estos puedan ser aceptados y legitimados, las partes deben participar de manera voluntaria.

La recomendación 163, al referirse a los medios para fomentar la negociación colectiva, propone que dentro de las medidas que se instauren, se establezcan algunas que señalen criterios y parámetros objetivos para el reconocimiento de aquellas organizaciones representativas de empleadores y trabajadores que van a tener derecho para participar en las mesas de negociación.

Se recomienda también formar a aquellos sectores que vayan a participar en la negociación, esto es a los trabajadores y empleadores, de tal suerte que cuenten con la preparación adecuada, para el efecto se propone que las autoridades públicas correspondientes presten la capacitación que soliciten las diversas organizaciones.

⁴⁵ Convenio 154, Art.1, numeral 2: “La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.”

Para que la negociación colectiva tenga los resultados esperados es necesario que las partes cuenten con los argumentos necesarios para poder realizar propuestas motivadas, es por esto que la Recomendación 169 menciona que las organizaciones de trabajadores como de empleadores deben contar con la información real de la situación económica de la empresa en caso de los trabajadores privados; y de la situación presupuestaria nacional en caso de los trabajadores del Estado siempre que la legislación lo permita y su divulgación no afecte a los intereses del país.

CAPITULO III

LOS SERVIDORES PUBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1. EVOLUCION HISTÓRICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

Al hacer un análisis histórico con respecto a la Función Pública Ecuatoriana, la tendencia ha sido regular las relaciones servidores- Estado desde la esfera del Derecho Público.

Al inicio de la República, para la organización administrativa, el Congreso Constituyente de 1830 resolvió que el Estado del Ecuador, se remita de manera expresa a la Ley sobre Organización y Régimen Político y Económico de los Departamentos y Provincias, que regía cuando este territorio era parte de la Gran Colombia. Esta ley calificaba como autoridades a los intendentes de departamentos, gobernadores de provincias, jefes políticos y alcaldes municipales; y el último capítulo se destina a la tipificación de las incorrecciones de los empleados públicos y las sanciones correspondientes.⁴⁶

Sin duda, las primeras bases sobre las que se asentó la Administración Pública ecuatoriana durante sus primeros años como República, fue aquella estructura organizativa con la que se contó en la Colonia; y que estuvo en vigencia incluso durante la existencia de la Gran Colombia, influencia que se mantuvo hasta la entrada del siglo veinte.

1.4 LA FUNCION PUBLICA ECUATORIANA EN EL SIGLO XX

Con la denominada revolución juliana, en el gobierno de Isidro Ayora, se marca el inicio de un nuevo período en la Administración Pública ecuatoriana, pues el Estado asume el control de actividades financieras y económicas que anteriormente no estaban dentro del ámbito estatal; por lo que adicionado a las políticas de modernización de las instituciones públicas, se requería de una burocracia especializada para que pueda asumir estos nuevos retos.

⁴⁶ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, volumen I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, tercera edición, 2006, pp 33-34

2.2.1. LA LEY DE HACIEDA

En el marco de la revolución juliana, como una de las medidas económicas tomadas en el gobierno de Isidro Ayora para corregir las deficiencias administrativas en el manejo de las finanzas públicas, se expidió en el año de 1927 la Ley de Hacienda y posteriormente sus reformas en 1928 ⁴⁷. Tiene como antecedente, los informes presentados por la Comisión Kemmerer, que dieron paso al diseño de nuevas políticas económicas, cuyo objetivo era establecer procedimientos que permitan el control y manejo adecuado de los recursos públicos; pero además destacamos la expedición de esta ley, toda vez que se introdujo normas que regulaban la relación jurídica de los funcionarios y empleados públicos con la Administración Pública.

La Ley en cuestión, también regulaba lo concerniente a las responsabilidades de los empleados públicos, estableciéndose como órgano de control de la Administración Pública, a la Contraloría General del Estado; este organismo de control tenía capacidad, entre otras cosas, para pedir la remoción de los empleados públicos cuando no cumplieran con los requisitos para serlo. Además se instituyeron una serie de infracciones sancionadas de destitución, entre las que podríamos citar: recibir dineros o regalos; omitir recibos por valores recaudados; elaborar asientos contables falsos; recaudar dineros por parte de empleados no autorizados; entre otros.

Es importante señalar que durante esta época, se expidieron otras normas que regulaban las relaciones de empleados de otras ramas del sector público; es así que, en 1938 se expidió las leyes de Escalafón del Magisterio, de Servidores del Servicio Exterior y de empleados de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no obstante, la Ley Orgánica de Hacienda es la que reguló más ampliamente sobre el recurso humano en el sector público, aunque su tratamiento y contenido no alcanza ni siquiera a mencionar los derechos que pueden ejercer los servidores, por lo que se evidencia que bajo la óptica de este cuerpo legal, el empleado público era considerado solamente como un instrumento de ejecución de la nueva política económica implantada en el advenimiento de la reforma estructural del Estado.

⁴⁷ Esta ley fue reformada en 1928, sin embargo el capítulo que trata sobre los funcionarios y empleados públicos no tiene cambios relevantes.

La Ley de Hacienda estuvo en vigencia hasta 1977, año en que se expidió la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.⁴⁸

1.1.2.- LEYES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

No fue sino veinte años después de la expedición de la Ley de Hacienda, que se elaboró la primera norma legal exclusiva para los servidores del Estado. En el año de 1949 el gobierno del Presidente Galo Plaza Laso, con el asesoramiento de técnicos de la Organización de las Naciones Unidas elaboró un proyecto de Ley de Carrera Administrativa con el objetivo de normar las relaciones de los servidores públicos, sin embargo lo más destacable es que se aspiró a implantar un sistema de carrera basado en los méritos y en los años de servicio y a instituir a favor de los servidores garantías y derechos; uno de ellos, era la estabilidad en sus puestos.

A propósito de la elaboración de este proyecto de ley, en ese mismo año, el Presidente Plaza expresó lo siguiente ante el Congreso Nacional: “La aceptación de esta Ley por parte de la Legislatura, marcará una nueva era en la Administración Nacional y responderá a una antigua aspiración de cuantos quieren, realmente hacer una carrera y encontrar estabilidad y reconocimiento de méritos por encima de los tristes vaivenes de la política en el servicio público”⁴⁹

El Congreso Nacional no trató inmediatamente esta ley, es por esto que en 1951 el Presidente Plaza solicitó nuevamente a la instancia legislativa que apruebe esta ley y se refirió en los siguientes términos: “El Ecuador ha progresado más que otros países en conquistas de carácter social, pero existe un sector de trabajadores numeroso y respetable, que tiene en sus manos la buena marcha administrativa del Estado, me refiero a los empleados públicos, víctimas de la inestabilidad y dependientes exclusivamente de la voluntad todopoderosa de sus superiores.”⁵⁰

En este mismo año, una comisión nombrada de la Cámara de Diputados, emitió un informe favorable concluyendo que: “El Proyecto es de incalculable trascendencia para crear un ambiente de estabilidad política a los servidores públicos, similar a la que ya la tienen conquistada los trabajadores privados en el ámbito del Código del

⁴⁸ La ley Orgánica de Administración Financiera y Control, fue publicada en el Registro Oficial No. 337 del 16 de mayo de 1977

⁴⁹ Texto publicado en el Registro Oficial No. 1124 el 27 de mayo de 1952

⁵⁰ Texto publicado en el Registro Oficial 1124 del 27 de mayo de 1952

Trabajo.” Sin embargo del informe positivo para su aprobación, este proyecto de ley tampoco fue tratada por el Congreso para su aprobación.

En abril de 1952, el Presidente Galo Plaza debió insistir nuevamente al Congreso Nacional para la aprobación de la Ley de Carrera Administrativa pero esta vez, para que sea tratada como ley de emergencia económica, bajo el argumento que el éxito de los planes económicos del Estado, dependían de la aplicación de un estatuto jurídico para los funcionarios en donde se estableciera condiciones que garanticen una mayor y mejor eficiencia de la Administración Pública.⁵¹

De esta manera, el 27 de mayo de 1952, el Presidente Plaza expidió la Ley de Carrera Administrativa, sin embargo no pudo entrar en vigencia, ya que al haber sido tratada como decreto ley de emergencia, de acuerdo a la Constitución de 1946, debía ser confirmado por el Congreso Nacional, lo que no sucedió, pues recibió un dictamen desfavorable⁵², sin embargo cabe destacar algunos aspectos relevantes de esta ley en cuanto al reconocimiento de derechos para los servidores públicos, como el de asociación, condicionando su ejercicio, a la no coacción a los órganos públicos.

Cabe mencionar, que la Constitución de 1946, vigente a la expedición fallida de la primera Ley de Carrera Administrativa, ya se refería a la responsabilidad civil o penal de los servidores en caso que ocasionaren daños y perjuicios al Estado; y, a la prohibición del pluriempleo a excepción de la cátedra universitaria y del ejercicio de puestos eminentemente técnicos; disposiciones constitucionales que no fueron recogidas en la primera Ley de Carrera Administrativa de 1952, que más bien se preocupó de desarrollar otros temas relacionados al tratamiento de los derechos y garantías de los servidores públicos.

En lo que se refiere a las garantías laborales, el Art. 185 de la Constitución de 1946, garantizaba la libertad sindical de los patronos y trabajadores, pero se prohibía expresamente, el ejercicio de este derecho a los servidores públicos.⁵³

⁵¹El texto de la misiva enviada al Congreso Nacional, se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 1124 del 27 de junio de 1952

⁵²(Efraín Pérez, Derecho Administrativo ... pp. 71).

⁵³Constitución Ecuatoriana de 1946, literal g, artículo 185, Registro Oficial No. 773 del 31 de diciembre de 1946

Se reconoció también el derecho de huelga para los trabajadores en general; y de manera condicionada, para los que laboraban en instituciones y empresas estatales, pues debían sujetarse a las condiciones establecidas en una reglamentación especial.⁵⁴

1.1.2.1 Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa

Con el ascenso al poder de la Junta Militar en 1963, se elaboró la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, expedida mediante Decreto Supremo en 1964, encaminada a regular las relaciones de los servidores públicos con el Estado y se introdujeron varios temas que no contemplaba la Ley de Carrera Administrativa de 1952, pero que si estaban regulados por la Ley de Hacienda de 1928; como por ejemplo, el nepotismo, las inhabilidades por mora; entre otros.

En cuanto a los derechos de los servidores públicos, se permite la asociación y la formación de directivas sin ninguna restricción, sin embargo se prohíbe expresamente declarar huelgas, apoyar o intervenir en ellas; tampoco se permite la formación de sindicatos.⁵⁵

En el mes de abril de 1978 se expidió la codificación a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que incorporaba las reformas realizadas durante sus quince años de vigencia.

Un aspecto importante que se debe indicar es que, la Constitución de 1967, que entró en vigor en 1968, si bien definía a las funciones de los servidores públicos, como un servicio a la colectividad y de protección del interés nacional, concedía a favor de los servidores el derecho de formar asociaciones, con la finalidad de defender sus intereses, lo cual fue recogido en la codificación a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, sin embargo, no se incorporó a la ley el derecho de huelga para los servidores públicos, que también estaba reconocido expresamente en esa carta constitucional, de manera específica, el cuarto párrafo del Art. 76, en el que establecía lo siguiente:

⁵⁴ Constitución Ecuatoriana de 1946, literal i), artículo 185.

⁵⁵ Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, literal g), artículo 10, literal g), Registro Oficial No. 198 de 6 de marzo de 1964

“Los empleados públicos podrán formar asociaciones para la defensa de sus legítimos intereses y recurrir a la huelga únicamente en los casos y términos en que la ley les autorice, sin que aquella produzca la paralización total de los servicios públicos.”

Podríamos decir que una de las razones por las que posiblemente se introdujo este derecho a favor de los servidores públicos en esta Constitución de 1967, podría haber sido la aceptación por parte del Ecuador del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, que propugna justamente el ejercicio de este derecho laboral inclusive en el sector público y cuya ratificación por parte de nuestro país se produjo justamente en ese mismo año, pero como ya se mencionó, este derecho no fue introducido en la ley reguladora del servicio civil y la carrera administrativa.

En todo caso las normas reguladoras tanto de la huelga, como de la paralización de los servicios públicos, como consecuencia del ejercicio de este derecho, por parte de los servidores públicos, debió haberse integrado en la codificación a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, para cumplir con este mandato constitucional, aunque en la posterior Constitución que entró en vigor en 1979, se excluye de estos derechos a los servidores públicos, pero se los mantiene para los demás trabajadores.

1.1.2.2. Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa

La carta política expedida en 1998, incorporó algunos criterios que permitían identificar el régimen jurídico al que pertenecían las personas que prestaban servicios al Estado, de esta manera, las relaciones de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas creadas para el ejercicio de la potestad estatal con sus servidores, se desarrollaban en el marco de las leyes que rigen la administración pública; con excepción de los obreros cuya relación se enmarca dentro de las normas del Código del Trabajo.

Este mismo criterio era aplicable a las actividades no delegables al sector privado, cuyas relaciones con los servidores se regulaban por el derecho administrativo, salvo los obreros que están sujetos al Código del Trabajo. En cambio, en las actividades que podían ser delegadas al sector privado, las relaciones con el personal se regían por el Código del Trabajo a excepción de aquellos puestos de

dirección, representación, asesoría que se enmarcan dentro del derecho administrativo.

Por otro lado, se reconoce como una de sus garantías fundamentales el derecho de organización de los trabajadores y de los empleadores, así como su libre desenvolvimiento sin autorización previa. Igualmente se garantiza el derecho de huelga para los trabajadores en general, no obstante se prohíbe la paralización de todos los servicios públicos.

Con respecto a los servidores públicos, el artículo 124 de la carta política, señalaba que la ley debe establecer los derechos y las obligaciones de los servidores públicos, así como las normas que regulen su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación, preceptos constitucionales que fueron recogidos en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa expedida en octubre del 2003 y codificada en el año 2005.

En cuanto a los derechos de los servidores públicos, el Art. 26 de este cuerpo legal reconoce el derecho a formar asociaciones y designar directivas sin otras restricciones que las previstas en la Constitución, por otro lado, se prohíbe la paralización de cualquier servicio público, bajo la pena de ser destituidos de su puesto de trabajo aquellos servidores que contravengan esta disposición.

2.3. Normativa actual: Ley Orgánica de Servicio Público

La Constitución del 2008, expedida por la Asamblea Constituyente y posteriormente aprobada en referendum, define a la Administración Pública como un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.⁵⁶

El Art. 229 de la Constitución señala que: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”

⁵⁶ Constitución Ecuatoriana vigente, artículo 227.

De esta disposición se concluye que pueden ser parte de la función pública un ciudadano no necesariamente ecuatoriano. Si comparamos con la legislación anterior, la Constitución de 1998, no señalaba de manera expresa quienes pueden ser servidores públicos, pero la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa si exigía como uno de los requisitos, el ser ciudadano ecuatoriano, no así la actual Ley Orgánica de Servicio Público que recoge el mismo texto de la Constitución, por lo que los extranjeros pueden ingresar a la Función Pública, aspecto que fue duramente debatido en la Asamblea Nacional, por considerar atentatorio para los profesionales nacionales que podrían ver reducidas las oportunidades laborales.⁵⁷

Sobre la relación jurídica que va a regir a quienes van a prestar sus servicios en las instituciones del Estado, la norma constitucional señala que las personas que realizan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales en las entidades de derecho privado con participación mayoritaria de recursos públicos, se regirán por las leyes que regulen la administración pública, mientras que los demás trabajadores estarán amparados por el Código del Trabajo.

En lo que se refiere al derecho de los trabajadores, la Constitución reconoce la libertad de organización sin autorización previa, esta prerrogativa comprende la capacidad para formar asociaciones, sindicatos, gremios u otras formas de asociación.⁵⁸ También se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores, pero se prohíbe la paralización de los servicios públicos.

En este contexto se expide la Ley Orgánica del Servicio Público en el mes de octubre del 2010, que reemplaza a la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa; y, desde una óptima general podemos decir que la nueva ley mantiene la misma estructura que la normativa anterior pero con algunos cambios terminológicos, empecemos por el cambio de denominación de *servicio público* en vez de *servicio civil*, lo cual no constituye un aspecto irrelevante, pues implica que su ámbito de aplicación y regulación son más amplias que la anterior, ya que

⁵⁷ Artículo titulado: "Polémica por la nueva Ley", Diario *EL Hoy*, 16 de agosto de 2010.

⁵⁸ Constitución Ecuatoriana vigente, artículo 326.

abarca a aquellos servidores públicos que anteriormente estaban regidos por otra normativa legal, dejando solamente de lado a las funciones judicial y legislativa.

A partir del año 2008, con la expedición de la nueva Constitución, el Estado asume la competencia para actuar directamente en los sectores denominados estratégicos, y en otras actividades económicas que anteriormente podían ser delegadas al sector privado. Con este nuevo escenario se requería una norma legal que regule el funcionamiento de las empresas públicas que se encargarían de estas actividades, por lo que en octubre del 2009, se expide la Ley Orgánica de Empresas Públicas que clasifica al personal que va a prestar sus servicios en las empresas estatales, dividiéndolo en aquellos que cumplen funciones de representación, dirección o asesoría y los servidores de carrera por una parte; y, los que se encargan de los procesos operativos y productivos. Como consecuencia de esta clasificación, una parte del personal se somete a la Ley Orgánica de Servicio Público y otra al Código del Trabajo, para regular la relación laboral de los obreros.

Sobre las modalidades de vinculación con las empresas públicas, la ley en mención establece que aquellos servidores que se rigen por las normas de la administración pública, se les expedirán nombramientos; en tanto que los obreros se vincularán con contratos individuales de trabajo cuyas condiciones se apegarán a las disposiciones del Código del Trabajo y al Contrato Colectivo.

La ley analizada, reconoce el derecho de huelga, con las restricciones previstas en el numeral 15 del Art. 326 de la Constitución de la República, recordemos que esta disposición constitucional, prohíbe la paralización los servicios públicos,⁵⁹ sin embargo señala más adelante que la ley establecerá los límites de su funcionamiento, por lo que, de la lectura del texto se entendería que lo que prohíbe la norma constitucional es la paralización total de los servicios públicos y a través de la normativa legal se deberá delimitar el ejercicio del derecho de huelga.

⁵⁹ Constitución Ecuatoriana vigente, numeral 15, artículo 326: "Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios."

Por otro lado, la ley Orgánica de Empresas Públicas, declara de manera general el derecho a la huelga, pero debe entenderse que esta disposición es aplicable solamente para los obreros y no para los servidores públicos, ya que como se dijo en líneas anteriores, éstos últimos se encuentran regidos por la Ley Orgánica de Servicio Público, en donde no se contempla esta prerrogativa para quienes se encuentran sujetos al ámbito de este cuerpo legal.⁶⁰

En cuanto a la prohibición de paralizar la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales, la Ley de Empresas Públicas es bastante explícita al extender esta restricción también para los servidores públicos.⁶¹

Por el contrario, la contratación colectiva está limitada solamente para los trabajadores que tengan la calidad de obreros, quedando expresamente excluidos los que tengan la calidad de servidores públicos.⁶² Un similar tratamiento se da a las asociaciones de trabajadores que de acuerdo con esta norma legal estarán conformadas solamente por aquellos que tengan la calidad de obreros.⁶³

3. TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE SINDICALIZACIÓN Y HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Al hacer un repaso de la posición constitucional sobre los derechos de sindicalización y de huelga de los servidores públicos, primero debemos analizar si al servidor público se lo ha considerado como un trabajador; y se puede observar que la posición que ha tomado el constituyente, ha sido claramente contraria, pues no se menciona en ninguna norma constitucional que el servidor público sea un

⁶⁰ Constitución vigente, numeral 14, artículo 326.: “Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.”

⁶¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 31: “Además de las prohibiciones previstas en la Codificación del Código de Trabajo, que se aplicarán a los servidores de carrera y obreros de la empresa pública, se establecen las siguientes:

3. Paralizar a cualquier título la prestación de los servicios públicos o la explotación de recursos naturales a cargo de la empresa pública, excepto por fuerza mayor o caso fortuito.

⁶² Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 26.: “En las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en esta Ley, es decir, los Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los Servidores Públicos de Carrera.”

⁶³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 28, “... Las asociaciones de obreros se registrarán por las normas contenidas en el Título V de la Codificación del Código de Trabajo.”

trabajador, más bien la tendencia ha sido establecer claras diferencias entre estas dos categorías.

El término trabajador ha sido solamente utilizado para referirse únicamente a los obreros que están regidos por el Código del Trabajo, quienes están amparados por una serie de garantías individuales propias de la legislación laboral, como es la intangibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos, la transacción, la participación de beneficios, entre otros. Las normas constitucionales son bastante proteccionistas en cuanto se refiere al obrero, indudable que debe ser así; mientras que cuando se habla del servidor público, su tratamiento es diferente, pues el legislador se ha orientado a normar su conducción en la vida estatal, a establecer las responsabilidades y las prohibiciones a que están sujetos.

De manera particular, los derechos de los servidores públicos, no han sido objeto de tratamiento desde la normativa constitucional y el legislador ha optado por que este tema sea tratado en otros ámbitos que en sentido estricto no le corresponde conocer. Desde la constitución de 1979, hasta su última versión codificada del año de 1997, se determinó que será en la carrera administrativa donde debe establecerse los derechos y las obligaciones de los servidores públicos, algo totalmente errado pues la carrera administrativa, es un sistema dentro del empleo público que garantiza estabilidad y posibilidades de ascensos al servidor que ha cumplido previamente ciertos requisitos.

En tal virtud, la carrera en sí misma no puede establecer otro derecho de los servidores, mas que la estabilidad, que se hace efectivo cuando se ha ganado un concurso de méritos y posteriormente se ha superado el período de prueba.

Sin embargo, el servidor público tiene a su favor otras garantías, por lo que podríamos pensar que el legislador quiso decir, que la ley que regule la carrera de los servidores, deberá también contener sus derechos, así tendría coherencia con lo establecido en la Constitución de 1998, artículo 124 que dice:

“La ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación”

En cuanto a los derechos colectivos, la normativa constitucional ecuatoriana los ha reconocido únicamente para aquellos trabajadores sujetos a las leyes laborales y se ha garantizado el derecho de sindicalización, derecho de huelga y el de negociación colectiva. Por otro lado, se ha venido manteniendo de manera sostenida, la utilización de tribunales de conciliación y arbitraje como mecanismo de solución de los conflictos colectivos.

Dentro de la esfera de la función pública ecuatoriana, la situación es diferente, pues el ejercicio de los derechos colectivos ha sido totalmente negado para los servidores públicos aunque no exista una prohibición expresa, a excepción de la Constitución de 1946, que proscribía el derecho de sindicalización para este sector⁶⁴.

Respecto de la capacidad de asociarse de los servidores públicos, solamente la Constitución de 1967, invocaba el derecho de asociación con la finalidad de defender sus intereses y lo que es más importante preveía el derecho de recurrir a la huelga en los términos establecidos en la ley, restringiendo la paralización total de los servicios públicos.⁶⁵

Aunque no se utilizó la palabra *sindicato*, al dejar sentado que se trata de un gremio con fines reivindicativos, diferenciándolos de aquellos que tienen propósitos netamente profesionales, se aceptó el derecho de sindicalización de los servidores públicos. No debemos olvidar que la facultad de ejercer el derecho de huelga, está directamente ligada a las organizaciones sindicales, por lo que cualquier gremio no tiene la capacidad de ejercitar esta acción de autotutela.

3.1. TRATAMIENTO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS EN LA CONSTITUCION 2008

Los derechos de sindicalización, de huelga y de negociación colectiva son los que mayor trascendencia han tenido dentro de los denominados derechos

⁶⁴ En la Constitución de 1946, encontramos una disposición que prohíbe expresamente el derecho de sindicalización para los servidores públicos, el literal g) del artículo 185, establecía que: *"Se garantiza el derecho sindical de patronos y trabajadores para el Progreso profesional. Nadie podrá ser obligado a sindicalizarse. Los empleados públicos, como tales, no pueden formar sindicatos."*

⁶⁵ En la Constitución de 1967, el último párrafo del artículo 76 señalaba que: *"Los empleados públicos podrán formar asociaciones para la defensa de sus legítimos intereses, y recurrir a la huelga únicamente en los casos y términos en que la ley les autorice, sin que aquella produzca la paralización total de los servicios públicos."*

fundamentales del trabajo, la Constitución vigente mantiene el reconocimiento de estos derechos aunque con algunas diferencias de las cartas políticas anteriores.

Como parte de la libertad de organización, se reconoce el derecho de formar sindicatos y otros gremios, pero también se garantiza la libertad de afiliación; es decir que se le da al trabajador la capacidad de manifestar libremente su voluntad y escoger la organización a la que quiera pertenecer.⁶⁶

El derecho de huelga también está garantizado para las personas trabajadoras así como a sus organizaciones sindicales, pero se mantiene la prohibición de paralizar cualquier servicio público, sin embargo, dada la forma en que se encuentra redactada esta disposición, se podría entender que se permitiría una interrupción parcial de los servicios, al señalarse que se establecerán por medio de ley, los límites para asegurar su funcionamiento.

Al respecto, el Código del Trabajo en el Capítulo II que se refiere a los conflictos colectivos, trata sobre los servicios mínimos que deberán otorgarse en caso de huelga. De esta manera el artículo 515 del Código del Trabajo establece que tanto el empleador como los trabajadores deben la permanencia en el trabajo, mientras dure la huelga de un número de trabajadores no inferior al veinte por ciento del plantel, que se encarguen de atender las necesidades indispensables de los usuarios y precautelar las instalaciones, activos y bienes de la empresa, que demanden mantenimiento y atención. En caso de que no se llegue a un acuerdo, respecto a la forma que se debe prestar los servicios mínimos, será establecida por el Ministerio de Trabajo y Empleo, a través de sus direcciones regionales de trabajo; y, establece además, que podrán realizar en cada caso, las consultas que estime necesarias a organismos especializados.

Por su parte el artículo 516 del mismo cuerpo legal señala que en caso de inobservancia a esta exigencia, es decir a la prestación de servicios mínimos en caso de huelga, la autoridad del trabajo que conozca de la declaratoria de la misma, podrá ordenar la inmediata entrega de los locales de trabajo y el reinicio de las

⁶⁶ Constitución Ecuatoriana vigente, numeral 7, artículo 326, numeral 7: "Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente..."

actividades, incluso de ser necesario con personal sustituto. Además estipula que aquellos trabajadores que se nieguen a prestar los servicios mínimos como manda la norma laboral, no percibirán sus remuneraciones por los días no laborados, incluso puede ser causal de visto bueno y responsable civilmente por los daños o perjuicios que se produjeran por efecto de la paralización ilegal.

En conclusión podemos observar que el Código del Trabajo claramente regula el funcionamiento mínimo de cualquier clase de actividad, entendiéndose dentro de ellas también a los servicios públicos, cuando los trabajadores recurran al derecho de huelga, garantizando que no existe una paralización total del servicio.

Con respecto a la negociación colectiva, a diferencia de la Constitución de 1998 que prohibía expresamente cualquier modificación de carácter unilateral, la actual Constitución, establece excepciones para el ejercicio de este derecho, las que además deberán estar previstas en la ley.⁶⁷

Aquí cabe preguntarse si una norma jerárquicamente inferior tendría la fuerza jurídica para negar este derecho fundamental; y en este punto de análisis no podemos dejar de referirnos al Mandato No. 8, expedido por la Asamblea Constituyente, blanco de fuertes críticas por parte de las organizaciones de trabajadores, pues abrió la posibilidad de que los contratos colectivos del sector público sean revisados unilateralmente, disposición que se ha ejecutado a través del Ministerio del Trabajo y que la parte sindical ha calificado esta intervención estatal como un quebrantamiento al derecho de negociación colectiva⁶⁸

Ahora bien, sería importante determinar si el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano considera a los servidores públicos como trabajadores; nótese pues que el Art. 326 de la Constitución, al desarrollar los principios del derecho del trabajo, al referirse específicamente a los derechos colectivos, utiliza la expresión “personas trabajadoras” y no hace ninguna diferenciación entre obreros, empleados y servidores públicos.

⁶⁷ Constitución Ecuatoriana vigente, numeral 13, artículo 326: “Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley”

⁶⁸ Angélica Porras, *Las reformas laborales en el Ecuador, en Estado Constitucional de derechos?*, Quito, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, 2010, pp. 322.)

Remitiéndonos al Código del Trabajo, la denominación trabajadores comprende todas las personas que prestan un servicio o ejecutan una obra, abarcando tanto a los empleados como a los obreros; así pues dice lo siguiente:

“Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.”⁶⁹

Pero en el campo de la Administración Pública, la Constitución hace una diferenciación entre los servidores públicos sometidos a las normas del Derecho Administrativo y los trabajadores que se sujetan al Derecho Laboral, y señala que:

“En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.”⁷⁰

De este modo, el personal que labora en las entidades del sector público como en los organismos privados y que ejerzan las funciones prescritas en la disposición constitucional arriba señalada, se regirán por las leyes de la administración pública, en este caso por la Ley Orgánica de Servicio Público; mientras que aquellas personas cuya labor no se ajuste a estas características estarán amparados por el Derecho Laboral.

En efecto, la Ley del Servicio Público es de aplicación obligatoria en toda la Administración Pública y hace una diferenciación conceptual entre el trabajador que se sujeta al Código del Trabajo y el servidor público que es aquella persona que “en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”, texto similar al que se encuentra en el Art. 229 de la Constitución vigente.

⁶⁹ Código del Trabajo ecuatoriano vigente, artículo 9.

⁷⁰ Constitución Ecuatoriana vigente, numeral 16, artículo 326.

En el campo de la Administración Pública, la Constitución estipula la aplicación del principio de legalidad,⁷¹ por lo que los servidores públicos, entendidas dentro de este término todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público,⁷² obrarán de acuerdo a las competencias y facultades que le otorga la norma constitucional y la Ley, esto quiere decir que cualquier actividad que se realice en ejercicio de la potestad estatal debe estar sometida a lo que se disponga en las normas legales y reglamentarias que rigen al sector público.

En este punto, es importante señalar que históricamente los textos constitucionales han distinguido entre funcionario y servidor público, sin embargo la actual constitución los coloca en una sola categoría y los agrupa dentro de una sola definición que a mi parecer es demasiado general, pues el legislador debió haber entrado a analizar las características de cada una de estas categorías, así como las repercusiones jurídicas que conlleva cada una.

Al funcionario público se lo identifica como tal, porque desempeña cargos políticos y se encuentra investido de autoridad, el tiempo de duración en su cargo puede ser por un período predeterminado en una norma legal o puede obedecer a la discrecionalidad de una autoridad superior; de ahí que existan puestos de libre nombramiento o remoción o a período fijo. Las funciones que debe cumplir pueden estar incluso prescritas en la Constitución.

El servidor público por su parte, tiene una condición de subordinación, ocupa puestos cuyas funciones generalmente son de naturaleza técnica o administrativa y accede a ellos, a través de concurso de merecimientos y oposición. Al tener un nombramiento regular tiene derecho a la estabilidad y al ascenso por medio del sistema de carrera administrativa.

Hemos revisado someramente las diferencias entre funcionario y servidor público ya que entrar a hacer un análisis profundo sería motivo de otro estudio, sin embargo considero que era preciso mencionarlo, toda vez que, utilizar indistintamente estos términos es hacer una analogía errada de la terminología legal.

⁷¹ Constitución Ecuatoriana vigente, artículo 226.

⁷² Constitución Ecuatoriana vigente, artículo 229.

Un aspecto que es importante señalar, es que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que las relaciones contractuales entre las empresas públicas y los servidores públicos de carrera y los obreros, se sujetarán a lo previsto en esta ley y en el artículo 568 y siguientes del Código del trabajo.⁷³ Se entendería entonces que con esta disposición se aparta a los servidores públicos del régimen jurídico administrativo para incorporarlos al laboral, previsto en el Código del Trabajo, produciéndose una contradicción con el artículo 229 de la Constitución que prevé una ley propia para regular los recursos humanos y remuneraciones del sector público.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia dictada el 31 de mayo de 2011, ha señalado que el artículo 229 de la Constitución le concede al legislador crear una normativa que regule a los servidores que laboran en la Administración Pública a través de la Ley Orgánica de Servicio Público; y otra especial que es la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para aquellos que presten sus servicios en estas entidades, es decir esta es una norma creada por mandato constitucional y por lo tanto si en esta norma se ha previsto que las autoridades laborales y los jueces de trabajo sean los competentes para resolver las controversias que se susciten entre las empresas públicas y su personal (servidores públicos y trabajadores), no se vulnera ninguna norma constitucional.

En la sentencia la Corte Constitucional ha señalado textualmente lo siguiente:

“En este sentido la Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción (la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo), que guarda concordancia con la remisión específica que el artículo 315 de la Constitución de la República en el inciso

⁷³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 29: “Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el Art. 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo. Para efectos del desistimiento, del abandono y de la prescripción, se estará a lo dispuesto en el Título VIII de la Codificación del Código de Trabajo.”

segundo confiere a la ley para la regulación de empresas públicas. Además no existe la aparente antinomia entre la Ley de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última, en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 literal k ha reconocido el régimen propio y especial del personal de empresas públicas.”

La resolución dictada por la Corte Constitucional no aclara varios aspectos referente a los efectos de la aplicación de esta norma legal, algo que tampoco precisa la Ley Orgánica de Empresas Públicas, significaría entonces que las reclamaciones que hicieran los servidores deben ser conocidas por los Jueces de Trabajo y no por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, y tampoco estarían sometidos al procedimiento disciplinario y sancionatorio regulado en la Ley Orgánica de Servicio Público y su reglamento, pues directamente se sujetarían al procedimiento de visto bueno previsto en el artículo 589 del Código del Trabajo, al igual que los demás trabajadores.

Por otro lado, se advierte que de manera muy apresurada, en la sentencia se señala que los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica de Servicio Público reconocen un régimen especial para aquellos servidores que laboran en las empresas públicas, nada más ajeno a la verdad pues estas disposiciones lo que hacen es regular la planificación institucional de talento humano y la creación de puestos, exceptuado para el caso de los gobiernos seccionales autónomos, universidades y escuelas politécnicas públicas y empresas públicas, la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, lo que no significa que los servidores de estos entes públicos estén sometidos a un régimen laboral especial.

Esta sentencia contiene el voto salvado de dos jueces constitucionales quienes señalan que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al hacer referencia no solo a los obreros, sino también a los servidores de carrera, no guarda coherencia con el mandato constitucional que prevé la sujeción de tales servidores al régimen administrativo, por lo que esta disposición se torna inconstitucional.

En conclusión, se evidencia que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas distrae a los servidores públicos del régimen jurídico previsto en la misma Constitución plasmado en la Ley Orgánica de Servicio Público y los aparta de sus jueces propios que son los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, lo cual ha provocado sin dudar un impacto en las relaciones laborales del sector público, pues se hace una combinación del Derecho Administrativo y del Derecho Laboral para conformar un nuevo régimen de los servidores públicos, quienes a pesar de que su vinculación al sector público se produce a través de un acto de carácter estatutario, se encuentran sometidos a jueces laborales.

Podemos decir entonces que, a pesar de muchos vacíos en la argumentación, la sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente importante, ya que por primera vez los servidores implícitamente entran a ser categorizados como trabajadores aunque por lo pronto solo para efectos de solución de controversias individuales de trabajo ya que todavía se encuentra vetado el ejercicio de los derechos colectivos.

3.2. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Hay que tomar en cuenta que en los últimos diez años, el máximo órgano constitucional ecuatoriano ha pasado por dos etapas importantes, cada una con un ordenamiento jurídico distinto; primero con la Constitución de 1998, que en cuanto a protección de derechos, mantuvo las garantías de Habeas Corpus, Habeas Data y la Acción de Amparo; y, como medio de control constitucional, está la acción de inconstitucionalidad.

La Constitución de 2008, suple el Tribunal Constitucional con la Corte Constitucional, como el máximo órgano de control constitucional y se amplía las garantías jurisdiccionales para la protección de derechos, siendo estas, la Acción de Protección, de Habeas Corpus, de Habeas Data, de Acceso a la Información Pública, Acción por Incumplimiento y Acción Extraordinaria de Protección, aplicada esta última contra resoluciones y sentencias judiciales. Dentro de las competencias de control constitucional se mantiene la acción de inconstitucionalidad.

La acción de amparo constitucional ha sido el recurso más utilizado por los servidores públicos para demandar la protección de derechos vulnerados por la administración pública⁷⁴

Así, de la investigación realizada por el Centro de Derechos Económicos y Sociales, CEDES, se estableció que entre junio del 2007 a mayo del 2010, el ochenta y dos por ciento de los casos fueron presentados por empleados públicos, de los cuales casi la totalidad impugnaban la violación al derecho del trabajo⁷⁵

Se puede decir que la acción de inconstitucionalidad también ha sido el mecanismo al que han recurrido los empleados públicos, cuando actos administrativos o normativos expedidos por autoridades públicas, son contrarios a los derechos reconocidos en la Constitución.

Partiendo de la investigación realizada por el CEDES, entre agosto del 2008 a julio del 2010, el órgano constitucional ha elaborado 304 resoluciones y 13 sentencias por acciones de inconstitucionalidad, de las cuales 104 han sido presentadas por servidores públicos, incluidos dentro de ellos a miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Las demandas tienen que ver con actos y normas atentatorias al derecho del trabajo, pues están relacionadas con sanciones administrativas, ascensos, promociones y destituciones.⁷⁶

En cuanto al reconocimiento de derechos colectivos laborales a favor de servidores públicos, no ha sido posible encontrar líneas jurisprudenciales del órgano constitucional, pues, pese a que el Ecuador ha ratificado los convenios 87 y 98, no hay disposición constitucional que otorgue estas garantías para este sector, en consecuencia dentro del ordenamiento jurídico tampoco existe regulación al respecto.

De la poca jurisprudencia constitucional, encontramos la resolución No. 85-2000 expedida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, dentro del recurso de

⁷⁴ Nora Fernández, *Documento de Análisis Estadístico e Infométrico de las decisiones del Pleno del Tribunal Constitucional y de la Corte Constitucional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, citado en *Desarrollo de los DESC en la Jurisprudencia Constitucional*, CEDES, agosto 2011, pp. 71

⁷⁵ Investigación no publicada para la Corte Constitucional, "Desarrollo de los DESC en la jurisprudencia constitucional" Quito, CEDES, agosto 2011, pp. 81

⁷⁶ Investigación no publicada para la Corte Constitucional, "Desarrollo de los DESC en la jurisprudencia constitucional" Quito, CEDES, agosto 2011, pp. 83

amparo interpuesto por el máximo dirigente del Sindicato de la empresa de Obras Públicas del Municipio de Quito, que reclamaba la violación de derechos por parte de la Directora General del Trabajo, que había separado a varios trabajadores de esta organización, por considerarles servidores públicos. En la acción presentada el dirigente cuestionó la actuación de la autoridad del trabajo al haber descalificado a varios de sus miembros como trabajadores, ubicándolos dentro del régimen jurídico administrativo. El Tribunal por su parte, no se pronunció si estos servidores tienen o no derecho a ser parte de esta asociación sindical, sino más bien a la violación del debido proceso, considerando que la apelación en sede administrativa presentada por el dirigente sindical, debió ser resuelta por la autoridad jerárquicamente superior. Se entendería entonces que al no haber un pronunciamiento por parte de este órgano sobre la participación de los servidores municipales en el referido sindicato, estaría aceptando que solo tendrían derecho a ser parte de una asociación sindical, los trabajadores sujetos al Código del Trabajo.⁷⁷

Encontramos también la Resolución de Amparo Constitucional **No. 0153-2005-RA**,⁷⁸ por la acción presentada por los representantes de la Cámara de Industriales de Pichincha y la Cámara de Agricultura de la primera zona en contra del Presidente de la Confederación de Servidores Públicos y otros dirigentes de los empleados del Ministerio de Agricultura, por la paralización de los servicios que presta esta entidad pública, ordenada por varios dirigentes, lo cual consideran ilegal y violatorio a derechos constitucionales, como el derecho al trabajo y a la libre empresa. Fundamentaron la acción de amparo constitucional, en base del artículo 95 de la Constitución, vigente a la época y que establecía la procedencia de esta acción constitucional, contra los servidores públicos y también contra particulares, cuando su conducta afectaba grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

En este caso, el Tribunal Constitucional hizo un análisis sobre la improcedencia de la acción de amparo constitucional y señaló que no se cumplen los requisitos

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Segunda Sala, Resolución No. 85-2000 RA, 17 de octubre de 2000

⁷⁸ Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución 153-2005-RA, 5 de abril de 2006.

necesarios para que los empleados públicos puedan ser legitimados pasivo y en este sentido se hacen las siguientes observaciones:

“.....Los demandantes, para justificar la legitimación pasiva de los empleados públicos señalan que la paralización de actividades por ellos realizada afecta intereses y derechos colectivos, comunitarios y difusos.

En el caso de estudio la Sala advierte que los derechos que los demandantes señalan se encuentran vulnerados, como el de petición, de libertad de trabajo, de empresa y de contratación, de seguridad jurídica, libre tránsito, no son, de ninguna manera derechos comunitarios, colectivos o difusos, tanto más que las Cámaras de Industriales y de Agricultura no constituyen una comunidad pues representan diversos intereses, por tanto la demanda no se enmarca en el presupuesto de la acción de amparo contra personas particulares.

No obstante quedar plenamente establecida la inexistencia de legitimación pasiva y activa, la Sala advierte que el acto de los empleados públicos que se impugna en esta acción, no ha sido dirigida en contra de las Cámaras a las que los accionantes representan, ni en contra de ninguno de sus afiliados individualmente considerados.....”

En este caso, el Tribunal Constitucional Ecuatoriano, no se pronunció sobre la legitimidad o no de la medida tomada por los servidores públicos, sino más bien su argumentación jurídica estuvo dirigida a determinar la falta de legitimidad tanto de los demandantes y los demandados; sin embargo, debemos recordar que la Constitución de 1998, prohibía expresamente la paralización de cualquier servicio público, incluso bajo la pena de establecer sanciones. Al respecto el numeral 9 del artículo 35 de la norma constitucional señalaba lo siguiente:

“Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes.”

Como se ha podido observar, podemos decir con certeza que dentro de la Corte Constitucional ecuatoriana, no se han desarrollado líneas jurisprudenciales que

analicen el ejercicio del derecho de sindicalización o huelga a favor de los servidores públicos y en las escasas resoluciones que se refieren a los derechos colectivos de los trabajadores, en ninguna de ellas se invocan los instrumentos internacionales aplicables, como son los convenios de la OIT, para fundamentar los fallos.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS DE LA OIT RATIFICADOS POR EL ECUADOR, EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ECUATORIANA.

1. EL ROL DE LA COMISION DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT.

Como ya lo hemos revisado, el convenio 87 relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1948, reconoce la calidad de trabajador de los servidores públicos y consecuentemente se les otorga el derecho de sindicalización al establecer que todos los trabajadores *“sin ninguna distinción”* tienen capacidad para constituir organizaciones que estimen convenientes e incluye a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, bajo ciertas condiciones. El contenido de este instrumento se consolida con la expedición del Convenio 151 de la OIT, referente a la protección de los derechos de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, cuya adopción responde a la necesidad de establecer normas que aseguren la plena y efectiva aplicación de este derecho a favor de los empleados públicos, pero que se acoplen a las condiciones y características propias de la administración pública, ya que como se ha revisado, su naturaleza jurídica lo hace diferente del empleo privado.

De igual manera, el Convenio 98 relativo a los principios que rigen el derecho de sindicalización y la negociación colectiva, se ve reforzado con la expedición del Convenio 154 sobre Negociación Colectiva, porque precisa la aplicación de este derecho en la esfera de la Administración Pública.

Como ya se señaló, el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección de sindicalización, así como el Convenio 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y negociación colectiva han sido ratificados por el Ecuador, el primero en 1967 y el segundo en 1959; por lo tanto nuestro país se

encuentra obligado a acatar lo previsto en estos instrumentos e incorporarlas en la legislación.

En este contexto se debe señalar que es la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR, el órgano jurídico que se encarga de examinar el grado de cumplimiento de todos los convenios y recomendaciones. Los exámenes que realiza esta comisión se basan en las memorias que deben remitir los gobiernos y se preparan los respectivos informes que son presentados en las reuniones de la Conferencia Internacional de Trabajo.⁷⁹ La comisión centra su análisis sobre todo en la legislación nacional y su relación con los principios decretados en el convenio objeto de seguimiento.⁸⁰

El Ecuador no es ajeno a este procedimiento, por lo que está obligado a informar periódicamente sobre los avances realizados, en virtud de esto, también ha sido objeto de numerosas observaciones respecto de su incumplimiento.

2 REVISIÓN HISTÓRICA DE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR LA CEARC, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS 87 y 98 EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ECUATORIANA.

He considerado importante revisar brevemente, los criterios emitidos por el Comité de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT sobre el cumplimiento en el Ecuador de los Convenios 87 y 98 específicamente en lo que se refiere al campo de la administración pública y sus empleados.⁸¹

En el mes de noviembre de 1989, el Ecuador recibió a una misión consultiva de la OIT que preparó en forma conjunta con el Ministerio de Recursos Humanos, proyectos de leyes acordes al espíritu de los Convenios 87 y 98, en razón de que se había observado que las disposiciones de la legislación nacional eran inconciliables con estos mandatos. En este contexto se prestó atención principalmente al contenido de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, ya que si bien los servidores públicos tenían el derecho de asociarse y designar sus representantes,

⁷⁹ Cómo funciona la OIT, página web OIT, <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

⁸⁰ Miguel Canessa Montejó, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pp. 379-380.

⁸¹ Información contenida en las observaciones del convenio 87, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

había la expresa prohibición de que puedan constituir sindicatos.⁸² Con este antecedente, el gobierno ecuatoriano informó a la OIT que el 22 de mayo de 1990 se remitió a la Secretaría del Congreso Nacional, cuatro proyectos de reformas legales y dos interpretaciones de leyes a fin de armonizar la legislación nacional con lo previsto en los Convenio 87 y 98

En 1991, se expidió la nueva Ley Reformativa al Código del Trabajo, que introdujo normas referentes a la constitución de asociaciones sindicales y al derecho de huelga, lo cual es informado a la CEACR, cuyos miembros observan que no se ha producido cambios en la legislación que regula a los servidores públicos, a fin de retirar la prohibición de derecho de sindicalización. Adicionalmente la comisión señaló, que si bien estas reformas permiten que los trabajadores del sector público regidos por el Código del Trabajo puedan negociar colectivamente, lamenta que no se haya ampliado este derecho para los empleados públicos, toda vez que el Convenio establece restricciones solamente a aquellos funcionarios que tienen a su cargo la administración del Estado.

Posteriormente, en 1992, el país informó a la Comisión de expertos, que mediante Oficio No. 92081 del 21 de julio del mismo año, solicitó al Congreso Nacional la tramitación urgente de los proyectos que fueron preparados por la OIT en 1989 a lo que el Secretario del Congreso, respondió que daría trámite a lo solicitado.

En vista de no haberse concretado las reformas recomendadas en cuanto a la aplicación de los convenios 87 a favor de los servidores públicos, en el mes de septiembre de 1997, se reunió otra misión como parte de la asistencia técnica que presta la OIT y se elaboraron nuevamente dos proyectos de ley, en éstos se eliminaban algunas disposiciones que reiterativamente habían sido cuestionadas por la Comisión a través de las diversas observaciones realizadas. Uno de los proyectos de ley modificaba la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa en los siguientes puntos:

⁸² Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa de 1978, artículo 60: "Prohíbese a los servidores públicos: ...g) Declarar huelgas, apoyar o intervenir en las mismas y formar sindicatos"

1.- Art. 59, inciso f) para que los servidores públicos puedan formar organizaciones para el fomento y la defensa de sus intereses profesionales y económicos.

2.- Derogatoria del literal g del Art. 60 que prohibía a los servidores públicos, declarar huelgas, intervenir en ellas y formar sindicatos.

Adicionalmente contemplaba la prohibición de realizar huelgas, para los funcionarios del Poder Judicial y miembros de las Fuerzas Armadas, a los servidores que ejerzan funciones de autoridad y los que tengan a su cargo la provisión de servicios esenciales “en el sentido estricto del término” entendiéndose como aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad de las personas o la salud de la población.⁸³

En cuanto a la aplicación del Convenio 98, la misión que trabajó en el país en 1997, puso en conocimiento de la CEACR, que el personal docente y directivo de las instituciones educativas así como el personal que ejercen funciones técnicas-docentes que se encuentran sujetos a la Ley de Educación, Escalafón y Sueldos del Magisterio Nacional, descritos en el literal h) del Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, no gozan del derecho de sindicación ni de negociación colectiva, por lo que se solicitó que se tomen las medidas para modificar la legislación a fin de armonizarla a lo previsto en el Convenio sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva.

En la posterior memoria presentada por el Ecuador, se informó que se ha solicitado al Presidente del Congreso Nacional, en septiembre de 1997 y mediante oficio No. 098-AIT-97, reactivar las reformas que fueron enviadas al Congreso en 1989, es decir las que fueron elaboradas conjuntamente con la misión consultiva, sin embargo no se menciona aquellas reformas que fueron preparadas en 1997, lo que fue observado por la CEACR.

Con la expedición de la Constitución de 1998 se estableció que los tratados y convenios se incorporan ipso jure al derecho positivo, prevaleciendo sobre leyes y otras normas de menor jerarquía. Es por ello que, en el contexto de la nueva carta

⁸³ Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Observación individual sobre convenio 87, publicado en 1998

política, el Ecuador informó a la Conferencia Internacional del Trabajo que en caso de surgir algún tipo de conflicto, la autoridades correspondientes debían resolver aplicando los convenios internacionales de trabajo por sobre las leyes internas.

Así mismo informó sobre el interés que tenía el Ministerio del Trabajo, en recuperar la gestión desarrollada en 1997 por la misión de asistencia técnica; no obstante de ello, el país fue objeto de observación, por cuanto el gobierno ecuatoriano señaló que con el Art. 35 de la Constitución se garantizaba el derecho de sindicación para los servidores públicos, a pesar de que el numeral noveno de la misma norma constitucional, se estipulaba que las relaciones de las instituciones y sus servidores, que se encuentran enumeradas en el Art. 118 de la Constitución de 1998,⁸⁴ debían regirse por las leyes que regulan la administración pública, por lo que no quedó claro el verdadero alcance de esta norma constitucional, es decir si amparaba o no a los servidores públicos.

En el año 2002, tomando como base la memoria presentada por el Gobierno Ecuatoriano, la Comisión de expertos recordó que en años anteriores ya se había tratado la necesidad de derogar el Art. 60 literal de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que prohibía a los servidores públicos declarar huelgas y que este derecho solamente se restrinja al personal de las Fuerzas Armadas, de la Policía y de los funcionarios públicos que ejercen cargos de autoridad. Adicionalmente se solicitó la modificación del Art. 45 de la Constitución de 1998, que prohibía la paralización de los servicios públicos, para que solamente se restrinja aquellos cuya interrupción pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de la población. De la misma manera, la comisión se ratificó en el criterio de que los sectores de la educación y transporte no constituyen servicios esenciales; y que en todo caso, se podría establecer un régimen de servicio mínimo en los

⁸⁴ Constitución de 1998, artículo 118: “ Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Estos organismos y entidades integran el sector público.”

servicios de utilidad pública no esenciales, en vez de prohibir radicalmente la huelga.

Con respecto al Convenio 98, la Comisión señaló que en virtud del Art. 6 de este instrumento, sólo puede excluirse de su ámbito de aplicación a aquellos funcionarios que se encargan de la administración del Estado.

Debido a los persistentes llamadas de atención que hace la CEACR, el Ecuador se comprometió a evaluar la posibilidad de cambio de estas disposiciones así como también estudiar las consecuencias que implicaría para la sociedad estos cambios en la legislación nacional, sobre todo el derecho de huelga de los servidores públicos. Por su parte la Comisión se ratificó en su pronunciamiento, tomando como referencia el Estudio General sobre libertad sindical y negociación colectiva elaborado en 1994, y manifestó que el derecho de huelga constituye un medio esencial para la defensa de los intereses de todos los trabajadores por lo que no puede considerarse un derecho absoluto, en tal virtud, como ya ha sido su criterio, se puede establecer restricciones para los funcionarios que ejercen autoridad a nombre del Estado.⁸⁵

También es importante mencionar que, a propósito de la publicación del Decreto Ejecutivo No. 44 del 30 de enero del 2003, en el que se prohibía el aumento de remuneraciones y sueldos en los presupuestos de las entidades públicas; así como la expedición de la Resolución del CONAREM que frenó los incrementos salariales para el 2004 y 2005, el Ecuador informó a la OIT que la formulación de la política fiscal es función del Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que para garantizar que el gasto público sea compatible con la real capacidad de financiamiento se expidió la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, siendo el Ministerio en mención el responsable de manejar las reglas macro- fiscales, una de las cuales es el manejo de las remuneraciones del sector público. Sobre este particular la CEACR señaló que los trabajadores deben poder disfrutar las garantías que prevé el convenio 98 y una de éstas, es la capacidad de poder negociar colectivamente la condiciones salariales; y, que si bien existen razones económicas que impiden fijar salarios libremente, esta

⁸⁵ Estudio General sobre libertad sindical y negociación colectiva, 1994, elaborado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT párrafos 147 y 151

restricción debe aplicarse como medida de excepción, por lo tanto no puede ser una norma permanente.

En el año 2005, con la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se mantuvo la prohibición de paralizar cualquiera de los servicios públicos sin segregar aquellos que no constituyen servicios esenciales, como ha observado reiterativamente la CEACR. Norma similar se encuentra en la Constitución de 1998, específicamente, en el Art. 35, numeral 10 que decía:

“Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, de conformidad con la ley.

Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes.”

Finalmente, es importante mencionar que en la última observación presentada por la CEACR en el año 2010, solicitó al Ecuador que previamente a la expedición de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se incluyera disposiciones que permitan ejercer el derecho de sindicación de los funcionarios y empleados públicos así como el derecho de huelga, con las limitaciones para quienes ejercen funciones de autoridad.

4. COMENTARIOS A LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR LA CEACR

Es de conocimiento que las relaciones colectivas del trabajo se sustentan en tres pilares que son la sindicalización, la huelga y la negociación colectiva, y en el ámbito de la función pública ninguno de ellos se encuentra reconocido en la legislación ecuatoriana para los servidores públicos.

Hemos visto que de larga data, la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, ha impulsado acciones para que tanto el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización y el convenio 98

sobre derecho de sindicalización y negociación colectiva, sean aplicados en la función pública.

La posición que ha tomado el Ecuador frente a las observaciones de la Comisión de Expertos ha sido de aparente colaboración, ya que se observa que se ha trabajado con los expertos en proyectos de reformas a las leyes que rigen a los servidores públicos, sin embargo estas no se han expedido ni ha existido una voluntad política para hacerlo, se evidencia una total incoherencia entre los compromisos adquiridos al ser suscriptos de los convenios 87 y 98 de la OIT y además por ser parte de esta organización; con las políticas públicas en cuanto a la aplicación de los derechos laborales para los trabajadores y especialmente para los servidores públicos.

Como ya se indicó en párrafos anteriores, respecto de los proyectos de ley que la misión de la OIT preparó en forma conjunta con el Gobierno, uno de los cuales era la propuesta de reforma a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que incluía la asociación sindical de los servidores públicos, el Ecuador en su informe presentado se limitó a señalar que dichos proyectos fueron entregados formalmente a la Secretaría del Congreso, denotándose una falta de decisión o compromiso para que se aprueben, más aún cuando señala que no puede prometer que tales proyectos se transformen en leyes.⁸⁶ Se evidencia entonces que las autoridades de gobierno no asumieron con la responsabilidad del caso la necesidad de adecuar la legislación ecuatoriana a los derechos reconocidos para los servidores públicos en los Convenios 87 y 98 de la OIT

Se observa además que, de manera recurrente el Gobierno Ecuatoriano en los informes periódicos solicitados, solamente ha llegado hasta la manifestación del compromiso de incorporar las reformas propuestas y lo que es más grave en reiterativas ocasiones ni siquiera ha remitido la información solicitada por el CEACR, así por ejemplo en la memoria presentada por el Gobierno Ecuatoriano en 1998, no menciona nada acerca de los proyectos de ley que fueron preparados conjuntamente con la asistencia técnica de la Oficina de la OIT, uno de los cuales

⁸⁶ Observación individual sobre la convenios 87 y 98, al gobierno del Ecuador correspondiente a la publicación de 1991.

reformaba la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que incorporaba el derecho de sindicalización de los servidores públicos.

La carencia de compromiso con la aplicación de estos convenios, así como la falta de coherencia en el discurso gubernamental, también se puede advertir cuando en 1999 el Gobierno Ecuatoriano manifestó al CEACR que en virtud del artículo 163 de la Constitución Política aprobada en 1998, los tratados y convenios se incorporaban ipso jure al derecho positivo nacional, prevaleciendo sobre leyes y otras normas de menor jerarquía y señalada además que se están buscando los canales idóneos de aplicación hasta que se promulgue una nueva legislación laboral y haga prevalecer los convenios, sin embargo en los años posteriores el Ecuador volvió a informar que no se ha avanzado en ninguna reforma de la ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, para garantizar el derecho de sindicalización de los servidores públicos, lo que evidencia la falta de empeño por parte de los órganos de poder, para que se hagan efectivos los derechos reconocidos en los convenios de la OIT ⁸⁷

En el año 2006, nuevamente el Gobierno Ecuatoriano abre expectativas al solicitar a la Oficina Subregional de la OIT, para que realice un estudio profundo de las reformas que sean necesarias a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, no obstante hasta el año 2008 no se presentaron los proyectos de dijo haberlos preparado, por lo que la nueva Ley de Servicio Público, continuó bajo el mismo esquema que la ley anterior.

En conclusión , como se puede observar la posición del Ecuador frente a la aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT especialmente en la Función Pública,

⁸⁷ La CEACR en las observaciones realizadas en el años 2002, concluye que pese a la asistencia técnica que le brindó la oficina, el Gobierno sigue sin lograr la adecuación de la legislación y la práctica a las exigencias del convenio en los puntos antes destacados, la Comisión alienta al Gobierno a que progrese en la adaptación de su legislación sobre todas las cuestiones mencionadas y pide al Gobierno que informe al respecto en su próxima memoria. De igual manera en las observaciones del año 2004 toma nota que no se ha avanzado en ninguna reforma a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa

éste no ha sido un tema que ha tenido relevancia ni creo que haya sido analizado profundamente, más se advierte que se ha colocado en un estado de evasión continua.

Llama también la atención el informe remitido por el Gobierno Ecuatoriano en donde alude que la reforma legal para favorecer los derechos colectivos de los servidores públicos debe ser analizada por las consecuencias que implicaría para la sociedad estos cambios en la legislación nacional, sobre todo el derecho de huelga lo que denota una posición bastante retrógrada en cuanto al ejercicio de derechos laborales se refiere, cuando en muchos países la discusión sobre su procedencia ya ha sido superado hace varias décadas atrás.

En cuanto a la participación de los trabajadores en general en las políticas salariales del sector público que limitaban la negociación colectiva y la libertad en la contratación colectiva el gobierno ecuatoriano se ha mantenido en la necesidad de regular las remuneraciones a través de los órganos de poder, es así que en relación a la observación realizada por la CEACR en 1991, por exigirse una serie de pasos previos a la suscripción de los contratos colectivos incluyendo un informe del Ministerio de Finanzas y de la Presidencia de la República, el Gobierno Ecuatoriano manifestó que la intervención del referido ministerio tiene por objeto impedir que el gasto de las partidas que componen el presupuesto general del Estado, no sean sobrepasadas que la utilización de las partidas con otros propósitos constituye un delito de malversación de fondos públicos.⁸⁸ De igual manera y como ya lo mencionamos anteriormente respecto a la expedición de la Resolución del CONAREM que frenó los incrementos salariales para el 2004 y 2005, la posición del Ecuador era que la formulación de la política fiscal es función del Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

Otro aspecto que ha sido observado reiterativamente ha sido la disposición constitucional que prohibía la interrupción de los servicios públicos, bajo pena de sanción, sin embargo el gobierno ecuatoriano ha realizado su propia interpretación y ha considerado que esta disposición se refiere a aquella paralización que trae como consecuencia el interrumpir o dejar de prestar el

⁸⁸ Observación individual sobre la convenios 87 y 98, al gobierno del Ecuador correspondiente a la publicación de 2001

servicio alejándose de lo previsto en la ley, lo cual la CEACR ha considerado una interpretación bastante amplia, lo que hace que se pierda el sentido del derecho de huelga.⁸⁹

El numeral 7 del artículo 326 de la Constitución vigente garantiza la libertad de organización de todas las personas trabajadoras, derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización. Por otro lado la Ley de Servicio Público reconocen el derecho de organización de los servidores públicos, pero no se determina si estos colectivos son de carácter sindical y tendrían las mismas atribuciones que las organizaciones de los trabajadores, aspecto que es de vital importancia pues la norma constitucional reconoce solamente el derecho de huelga a las organizaciones sindicales por lo tanto se hace necesario que se determine con más precisión su alcance y sus efectos; y como ya lo ha indicado el CEARC las disposiciones legales deben conducir de manera clara a que los empleados públicos puedan ejercer este derecho.

En cuanto al derecho de huelga, si bien la Organización Internacional del Trabajo no posee un Convenio específico al respecto, la doctrina ha señalado que los convenios 87 y 98 lo reconocen de manera implícita, tanto para el sector público como para el privado, ya que la huelga es una consecuencia de la sindicalización, por lo tanto solamente podrá establecerse restricciones solamente para los miembros de las fuerzas públicas⁹⁰.

Como ya se indicó, en el año 2010, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, de la Organización Internacional del Trabajo, recomendó que tanto en la Ley Orgánica del Servicio Público como en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se incluyera disposiciones que permitan ejercer el derecho de sindicación y de huelga de los empleados públicos así como la negociación colectiva, con las limitaciones para quienes ejercen funciones de autoridad, lo cual no se ha cumplido.

⁸⁹ Observación individual sobre la convenios 87 y 98, al gobierno del Ecuador correspondiente a la publicación de 2001

⁹⁰ Carlos Henrique BezerraLeite, *A greve do servidor público civil e os direitos humanos*, artículo publicado en www.e.gov.ufs.br

Habrá que tomar en cuenta que, si bien la huelga constituye una acción legítima de todos los trabajadores, no deja de tener un alto costo social y económico por lo que en el caso de los servidores públicos este derecho solamente deberá ejercerse como último recurso cuando han fallado otros mecanismos de solución de conflictos, por lo tanto la ley deberá establecer los términos y los límites en que este derecho podrá ser ejercido.⁹¹

De manera general, la Constitución Ecuatoriana, prohíbe la paralización de los servicios públicos, lo que se encuentra determinado en el numeral 15 del artículo 326, sin embargo, habrá que tomar en cuenta que también señala que la ley establecerá los límites de funcionamiento. De este texto se entenderá que no existe una prohibición total sino más bien una restricción que deberá ser regulada por la ley.

Queda claro que est n excluidos de estos derechos aquellos servidores de nivel jerárquico que ocupa puestos de decisión o autoridad, es decir *“los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”* de acuerdo a los pronunciamientos de la Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.⁹²

La negociación colectiva de los servidores públicos, quizá es el tema que más controversia ha generado justamente por el carácter estatutario de la relación laboral, y como consecuencia de ello, no se puede esperar que este derecho se pueda desarrollar de la misma manera que los demás trabajadores, pues no se tendrá como resultado final la suscripción de un contrato colectivo de trabajo, justamente por la relación de carácter legal y no contractual que existe con el empleado público. Es por esto que el Convenio 151 de la OIT, que fomenta el ejercicio de este derecho en la administración pública, admite que la legislación nacional fije modalidades particulares de aplicación, en tal virtud, en el ámbito de la función pública la negociación colectiva debe comprender otras clases de

⁹¹Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, numeral 1, artículo 8: “Los Estados Partes del presente Pacto se comprometen a garantizar: (...) el derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país”

⁹²Jorge Villada, *La negociación colectiva del sector público, obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2005, pp.71

acuerdos diferentes a los tradicionales, pero cualquier mecanismo que se utilice va a ser importante para que abra caminos a fin lograr que los servidores públicos, en la mayoría de los casos ignorados en las decisiones de la autoridades públicas, cuenten con mecanismos idóneos para que sus planteamiento puedan ser escuchados y tomados en cuenta.

Ahora bien, la misma OIT ha reconocido que en la esfera de la función pública, hay materias que no pueden ser negociables y que son aquellas que tienen que ver con la dirección y funcionamiento de los asuntos de gobierno, lo cual deberá estar regulado en la legislación interna, de la misma manera que deben estar normados aquellos aspectos que pueden ser objeto de negociación o de concertación.

En el caso particular de los servidores públicos la condición estatutaria de la relación laboral va a obligar a que las condiciones de empleo se continúen estableciendo a través de normas legales y reglamentarias, por lo que un mecanismo de negociación podría ser que dichas condiciones obligatoriamente sean discutidas y concertadas con los representantes de los organizaciones de servidores públicos, cuyos acuerdos deben ser respetados, y en caso de incumplimiento puedan ser incluso judicializados.

4. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS NORMAS DE LA OIT

El convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, constituye un avance histórico en el campo del derecho de la función pública al reconocer por una parte la sindicalización de los empleados públicos y también su participación en las resoluciones que se tomen respecto de sus condiciones de empleo a través de varios mecanismos de negociación cuya utilización en todos los ámbitos es impulsada y promovida por el convenio 154.

Estos instrumentos internacionales consolidan el reconocimiento de varios derechos para los empleados públicos, aquellos que en nuestro país aún se consideran solamente para la clase obrera, lo que se ha probado en este estudio inadecuado, y por tanto, discriminatorio.

La adaptación de las instituciones jurídicas del derecho laboral a la función pública es un hecho que si bien en un principio produjo resistencia por la doctrina

tradicional del Derecho Público, actualmente es un tema superado, por lo que ha sido recogido en numerosas legislaciones, ya que queda fuera de toda duda, que entre el Estado y sus agentes existe una relación jurídica generadora de derechos.

Es evidente que en la medida que se transforman los estados, paralelamente también debe ir mutando aquella vieja concepción que se tiene de función pública.

La estatización de los servicios públicos, la concentración en manos del Estado de actividades económicas estratégicas y el crecimiento de la Administración Pública ha implicado un incremento cuantitativo de servidores públicos, no obstante, la calidad de los servicios públicos se encuentra directamente vinculada con la eficiencia de los servidores públicos y ésta a la vez se debe contar con una buena relación con los órganos estatales empleadores, lo cual se consigue a través de mecanismos que permitan su participación activa en los ámbitos que tengan que ver con su situación laboral y que influyan en el mejoramiento incluso de su calidad de vida.

Como hemos revisado, la aplicación de los convenios de la OIT ratificados por el Ecuador y que amparan también a quienes trabajan en la Administración Pública, ha sido objeto de permanentes observaciones por parte de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo que ha demandado desde hace décadas el reconocimiento del derecho de sindicalización y de huelga para los servidores públicos y como respuesta a ellos se puede mencionar eventuales intentos de reformas jurídicas que no han trascendido hasta su expedición

No olvidemos que la actual Constitución establece prerrogativas en el tratamiento interno de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, los que deberán ser de aplicación directa y se aplicará el principio de no restricción de derechos. Por lo tanto en el caso de los convenios 151 y 154 de la OIT deberían aplicarse sin reservas, lo que significaría que debería haber una adecuación de la legislación interna a fin de que se reconozca los derechos consagrados para los empleados públicos, más aún cuando el Ecuador tiene la obligación de cumplir con los compromisos adquiridos al ser signatario de los Convenios 87 y 98.

Ahora bien, dentro del contexto de las relaciones internacionales también es importante analizar si las normas generales de la Organización Internacional del Trabajo pueden tener una fuerza vinculante con respecto de sus estados miembros.

A este respecto, el profesor peruano Miguel Canessa señala que el cumplimiento obligatorio de sus normas se concreta cuando el Estado decide ser miembro de la OIT, aunque no haya ratificado un instrumento internacional. Válticos igualmente sostiene que en el caso del derecho de libertad sindical, éste es de aplicación obligatoria de todos los estados miembros, incluso en aquellos donde no se ha ratificado ningún convenio sobre esta materia, por el solo hecho de que esta garantía está consagrada en el preámbulo de la Constitución de la OIT.⁹³

La Declaración de Filadelfia, por su parte, nace como una necesidad de reformular la visión de la OIT, una vez que sus actividades se reiniciarán después de la paralización de sus actividades durante la segunda guerra mundial y es justamente este hecho lo que motivó a replantear los fundamentos que sostenían a este organismo así como las metas trazadas. Es así que a través de este instrumento elaborado en 1944, se amplía el campo de acción de la OIT, se establecen nuevas tareas y objetivos, tomando como base, sobre todo, en la relación existente entre los conflictos laborales con los problemas económicos, sociales y financieros. Esta declaración fue agregada a la Constitución de la OIT, por lo que adquiere la categoría de norma fundamental de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros.

De igual manera la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, tiene su origen en la preocupación de los efectos de la economía globalizadora sobre los trabajadores, debido a los cambios en el mercado laboral. En la parte resolutive se expresa que los principios de esta organización están representados en los diversos convenios que han sido reconocidos como normas fundamentales y aunque los Estados miembros no los hayan ratificado, por el solo hecho de pertenecer a la Organización tienen el compromiso de hacer respetar los principios y los derechos fundamentales que

⁹³ (Miguel CanessaMontejo,*La protección internacional...*,177-179)

recogen estos instrumentos, entre ellos los de libertad de asociación, libertad sindical y derecho de negociación colectiva.

Canessa cita como ejemplo el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical, instancia de la OIT, respecto de una queja en contra de Sudáfrica por violación a la libertad sindical. Este país impugnó la intervención del Comité argumentando falta de competencia ya que no se habían ratificado los convenios sobre esta materia. El Comité manifestó que como miembro de la OIT debe cumplir las obligaciones previstas en la constitución de esta organización y entre ellas está la institucionalización del principio de libertad sindical, por lo que aunque no haya ratificado los convenios tiene la obligación de respetar los mandados de la constitución.⁹⁴

⁹⁴ (Miguel Canessa Montejo, *La protección internacional...* 178)

CAPITULO V

ANÁLISIS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA

1.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

La Constitución Colombiana otorga la calidad de servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas así como a empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas.

Por un lado los empleados ingresan a través de concurso y se someten a un sistema de carrera a excepción de aquellos que ejerzan puestos de autoridad o de libre nombramiento y remoción. En tanto que los trabajadores se vinculan a los órganos estatales por medio de un contrato de trabajo. Se prevé además que para ambos casos, no habrá empleo que no tenga funciones detalladas sea en una norma legal o en una norma reglamentaria.⁹⁵

Se puede advertir, que al igual que en nuestro país, desde la constitución colombiana se perfila una función pública erguida desde una corriente eminentemente estatutaria, así vemos que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma que prevea la Constitución, la ley y los reglamentos.⁹⁶ De igual forma es en la ley donde se regula la determinación de responsabilidades de los servidores públicos. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la

⁹⁵ Constitución de Colombia de 1991, primero inciso del artículo 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

⁹⁶ Constitución de Colombia de 1991, segundo inciso del artículo 123, “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”

ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Está claro entonces que la naturaleza jurídica de la relación Estado-servidor se origina en la ley y los reglamentos.

De otra parte, la carta constitucional establece como regla general la estabilidad del servidor público, a través de los puestos de carrera; y solamente como excepción se prevé los puestos que son de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, que serán exclusivamente determinados en la ley. En el caso de los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido establecido por la Constitución o la ley, éstos serán nombrados por concurso público.

Se observa además, que los empleados del Estado, dependiendo de las ramas del poder público donde presten sus servicios, están sometidos a diferentes normativas, así pues, en la carta política colombiana de 1991, se identifican regulaciones específicas para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (Artículos 217 y 218); la Fiscalía General de la Nación (Artículo 253); la Rama Judicial (Artículo 256, inciso 1º); la Contraloría General de la República (Art. 268 num. 10); y la de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279).

Una normativa más general encontramos en el Decreto 2400 de 1968, que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público; y, posteriormente la Ley 13 de 1984, que contiene normas sobre el régimen disciplinario de los servidores que prestan sus servicios en esta área y además regula el funcionamiento del Consejo Superior del Servicio Civil, organismo encargado de la administración del personal civil colombiano, siendo una de sus competencias, el asistir en la solución de problemas que se presenten con los sindicatos de empleados públicos.⁹⁷

Con la expedición de la Constitución de 1991, se sustituyó el Consejo Superior de Servicio Civil por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se convirtió en la institución responsable de la carrera de los servidores públicos, a excepción de los

⁹⁷ La Ley 13 de 1984, literal c, artículo 23, establece normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa.

que se encuentran regulados por normas especiales, como los casos ya vistos anteriormente.⁹⁸

Posteriormente, en el 2004, se expidió la Ley 909, que norma el sistema de empleo público y la carrera administrativa colombiana, recoge los preceptos constitucionales y a través de Consejo Superior de Servicio Civil, se regula el ingreso y promoción de los empleados públicos, de acuerdo a las condiciones previstas en la ley, con lo que se ratifica la vinculación legal y reglamentaria de quienes van a prestar sus servicios en la Función Pública, a excepción, claro está, de los trabajadores oficiales cuya relación se formaliza a través de un contrato de trabajo y se sujetan a las normas laborales generales.

En cuanto a la duración de la relación laboral, ésta dependerá de si se trata de un empleado público o un trabajador oficial. En el caso de los empleados públicos que son parte de un sistema de carrera, su permanencia está relacionada al cumplimiento de las condiciones previstas en la norma legal.

La ley 909 enuncia cuatro principios que orientan la estabilidad de los empleados en la función pública: El mérito, el cumplimiento de las normas, la evaluación de su desempeño y el compromiso con la defensa del interés público.⁹⁹ En el caso de los puestos de libre nombramiento y remoción, al igual que la legislación ecuatoriana, el nombramiento otorgado puede quedar insubsistente, en el momento que la autoridad nominadora así lo decida; mientras que en los puestos que son de carrera, el retiro permanente del empleado público se puede producir por destitución, después de un proceso disciplinario, por declaratoria de vacancia en caso de abandono del puesto, por revocatoria del nombramiento cuando el titular no cumple con los requisitos para el puesto, o por supresión del mismo, sin mencionar otras razones como la renuncia, jubilación o muerte del servidor.

⁹⁸ Constitución Colombiana, artículo 130: "Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial."

⁹⁹ El artículo 37 de la Ley 909, norma el sistema de empleo público y la carrera administrativa colombiana.

El ingreso a la carrera también genera derechos para el servidor, como es el ascenso, la estabilidad en el puesto, incentivos económicos, comisiones de estudios y sobre todo su permanencia en el servicio civil.

Por otro lado, respecto de los derechos individuales de los trabajadores oficiales, se garantizan aquellos que están previstos en el Código Sustantivo del Trabajo y que son los atribuidos de manera general, para los demás trabajadores.

1.2 DERECHOS COLECTIVOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

1.2.1. LOS SINDICATOS

Entrando ya a la esfera de los derechos colectivos de los empleados públicos, es importante señalar como antecedente, que Colombia ratificó el Convenio 87 relativo a la libertad sindical, mediante ley No. 26 de 1976; y, el Convenio 98 sobre negociación colectiva, mediante ley No. 27 igualmente en 1976.

Con este antecedente, se incorpora en la norma constitucional de 1991, el derecho de los trabajadores, de conformar sindicatos o asociaciones, estableciéndose excepciones para los miembros de la Fuerza Pública que no gozan de este derecho por mandato expreso.¹⁰⁰

Esta disposición constitucional nos lleva a reflexionar sobre dos aspectos importantes; por una parte, la integración en la legislación colombiana de los convenios 89 y 98 de la OIT influyó para que en la Constitución de 1991 se reconozca que aquellos ciudadanos que prestan sus servicios de una u otra manera al Estado y cuya relación de trabajo se encuentra regida por regulaciones legales o reglamentarias diferentes a las normas laborales en general, también tienen la calidad de trabajadores. Como consecuencia de ello, se reconoce a favor de los funcionarios públicos, derechos colectivos de los cuales se beneficiaban solamente un limitado sector laboral, uno de ellos es el derecho de sindicalización.

¹⁰⁰ Constitución Colombiana, último inciso, artículo 39.

1.2.2. SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

De igual manera el Art. 56 de la carta política colombiana se refiere a la huelga y garantiza este derecho, salvo para los denominados servicios públicos esenciales que según esta misma norma deben ser definidos por el legislador. Con esta disposición se buscó ampliar el ámbito del derecho de huelga, toda vez que la noción de servicios públicos era demasiado amplia por lo que este derecho estaba bastante restringido, pues se impedía la paralización de todos los servicios públicos en general.

Resulta interesante ver que la Constitución colombiana utiliza la expresión de “esenciales” solamente para el tratamiento del derecho de huelga, ya que en los demás disposiciones encontradas se refiere únicamente a los servicios públicos de manera general.

Entrando al análisis del Código Sustantivo Laboral Colombiano, el artículo 414 recoge lo ya establecido por la Constitución y estipula que los trabajadores de todo servicio oficial tienen derecho a asociarse a través de sindicatos, a excepción de los miembros del Ejército Nacional y de la Policía.

En el caso específico de los empleados públicos, si bien se garantiza el derecho de sindicalización, se controla su ejercicio limitándolos al desarrollo de ciertas actividades que la ley las enumera y que en resumen son las siguientes:

1. Analizar las particularidades de la profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados.
2. Asesorar a sus miembros en la defensa de sus derechos como empleados públicos, especialmente los relacionados con la carrera administrativa.
3. Representar en juicio o ante las autoridades.

4. Presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de éstos en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo.
5. Promover la formación de sus miembros.
6. Buscar mecanismos de asistencia para sus afiliados.
7. Promover la creación de los beneficios colectivos que contemplen los estatutos.
8. Adquirir bienes necesarios para el ejercicio de sus actividades.

Como se puede observar, a diferencia de las organizaciones sindicales de trabajadores en general, el accionar de los sindicatos de los empleados públicos en Colombia se encuentra restringida, y como consecuencia de ello, el ejercicio de otros derechos colectivos que se derivan de la asociación sindical como el caso de la negociación colectiva, en donde también van a encontrar sus limitaciones.

De otra parte, el Código laboral colombiano permite la constitución de sindicatos mixtos en el sector público, en los que pueden estar integrados trabajadores y empleados públicos. Sin embargo la norma laboral advierte que, para efectos de su conformación se deberá tomar en cuenta las limitaciones establecidas en la ley, justamente por la naturaleza de la relación jurídica de sus afiliados con la administración.¹⁰¹

El Art. 416 del Código Sustantivo Colombiano, hace una diferenciación en el tratamiento entre los sindicatos de empleados públicos y los sindicatos de los trabajadores oficiales: los primeros no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, lo que guarda coherencia con la relación jurídica

¹⁰¹ Artículo 58 de la Ley 50 de 1990 e incorporado en el Art. 414 del Código Sustantivo de Trabajo

de carácter estatutario que mantienen los empleados públicos con los órganos estatales, pues su incorporación se legitima a través de un acto administrativo y sus obligaciones y derechos se encuentran prescritas en una ley en algunos casos, o por normas reglamentarias dictadas por la autoridad pública, por tal razón no hay la posibilidad de que se celebren contratos colectivos y se pacten condiciones de empleo, al margen de lo que dicte el marco normativo.

Situación distinta es la de los trabajadores oficiales que si pueden presentar pliegos de peticiones que se tramitarán en los mismos términos que los presentados por los sindicatos en general, por lo tanto, en virtud del tratamiento general que tienen esta clase de trabajadores, en el ordenamiento jurídico colombiano, también pueden celebrar contratos colectivos.

El Art. 416 del Código Sustantivo laboral colombiano dice lo siguiente:

“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás,aún cuando no puedan declarar o hacer huelga” (Lo subrayado es mío)

La segunda parte del Art. 416, fue declarada su exequibilidad o constitucionalidad por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-110-94 dictada el 10 de marzo de 1994, en la cual se concluyó que la frase *"aun cuando no puedan declarar o hacer la huelga"* es aplicable solamente a aquellos sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales.

Sobre este tema, es importante indicar que el Consejo de Estado Colombiano, ha señalado que una de las finalidades principales de las asociaciones de trabajadores, es justamente el celebrar negociaciones referentes a las condiciones materiales y jurídicas del trabajo, por lo que la negociación colectiva es una consecuencia de la

asociación sindical, en consecuencia estas dos instituciones del derecho colectivo laboral, deben entenderse dentro de un concepto integrado y no de manera aislada.¹⁰²

En esta misma línea de pensamiento, se puede acotar lo que señala Jairo Villegas, respecto de la interconexión que tienen ambas instituciones jurídicas y acertadamente afirma que, nadie se asocia para ejercitar una abstracción sino para defender intereses comunes.¹⁰³

Por otra parte, el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, prohíbe la suspensión de actividades de cualquier servicio público, entendiendo que es toda aquella actividad organizada que tiene como fin la satisfacción del interés general en forma regular y continua.¹⁰⁴ Sobre el contenido de esta disposición, la Corte Constitucional colombiana emitió su pronunciamiento en la sentencia No. 473 de 1994 y declaró constitucional esta disposición, pues se considera que la prohibición expresada en dicha norma, solamente se extiende a los servicios públicos esenciales, toda vez que la Constitución Nacional, restringe el ejercicio de este derecho solamente en esta clase de servicios. En la misma sentencia se recomendó al Congreso de la Nación, la elaboración de la normativa que regule la huelga y precise cuáles son los servicios públicos esenciales, pues como bien lo señala el Art. 56 de la carta política colombiana, estos servicios deben ser definidos por el legislador.

1.3 APLICACIÓN DE LOS CONVENIO 151 Y 154 EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

El 5 de noviembre de 1997 entró en vigencia en Colombia, el convenio 151 de la OIT sobre la protección de la sindicalización y los procedimientos para determinación de las condiciones de empleo en la administración pública; y posteriormente, el 12 de agosto de 1999 se aprobó el Convenio 154 sobre el fomento de la negociación colectiva; y el 21 de noviembre de 2000, se expidió el

¹⁰² Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta. Caso N1072, 11 de febrero de 1998

¹⁰³ (Jairo Villegas Arbeláez, Empleados públicos..., pp. 65)

¹⁰⁴ Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, artículo 430.

instrumento de ratificación de estos dos convenios internacionales, incorporándose definitivamente en la legislación colombiana, en virtud de lo que dispone el Art. 53 de la Constitución que dice: *“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*

Con la entrada en vigor de estos dos convenios, se pensó en un primer momento en la inaplicabilidad del Art. 246 de la Código Sustantivo de Trabajo, que prohíbe a los sindicatos de empleados públicos presentar pliego de peticiones y celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin embargo la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido que no existe una derogatoria tácita de esta norma y declaró además la exequibilidad o constitucionalidad condicionada, al considerar que ha habido un desarrollo legislativo sobre este tema, señalando además que el legislador tiene que regular el tratamiento de la negociación en el campo de lo público. Por lo tanto, no puede entenderse la prohibición del derecho de los sindicatos de empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, en el sentido amplio del concepto.¹⁰⁵

1.4 LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En el ámbito de la jurisprudencia constitucional colombiana se ha podido encontrar criterios sobre la aplicación de los derechos colectivos a favor de los servidores públicos, impulsada claro está, por la misma legislación, que reconoce esta categoría de derechos para los servidores públicos.

El artículo 39 de la Constitución Colombiana admite la posibilidad de formar asociaciones sindicales, a excepción de los miembros de las Fuerza Pública, entendiéndose dentro de ellas la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.¹⁰⁶

El expediente D-407, que recoge la demanda de inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la normativa laboral colombiana¹⁰⁷ referentes a la asociación sindical en la función pública, bajo el argumento de que los sindicatos de los servidores públicos vulneran los intereses del Estado y atenta contra la soberanía

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1234, 29 de noviembre del 2005

¹⁰⁶ Constitución Colombiana, artículo 39.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-110-94.

del pueblo al interrumpir los servicios. La parte demandante manifestó también, que si los servidores públicos son parte del Gobierno “no pueden existir garantías de la defensa apropiada de la voluntad, ni de los intereses económicos del PUEBLO verdadero empleador -a través del ESTADO- de los SERVIDORES PUBLICOS.”

En la parte considerativa, la Corte Constitucional ratificó el reconocimiento del servidor público como un trabajador; y en esta calidad, no existe exclusión constitucional de esta garantía para aquellos ciudadanos que prestan sus servicios en la función pública, razón por la que el Código del Trabajo contiene regulaciones sobre derecho colectivo, aplicables tanto a los trabajadores públicos como a los trabajadores privados.

En esta sentencia, se hizo referencia además, a otro fallo constitucional No. C-593 del 14 de diciembre de 1993, y en la que la Corte Constitucional Colombiana se pronunció señalando que:

“...El Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio (...).”

“Resulta entonces que las garantías para los sindicatos y la sindicalización, son significativamente más amplias en la Constitución de 1991, de lo que eran en la Constitución de 1886. Ello no se debe a un capricho del constituyente, ni es resultado de acuerdos obligados por la composición multiestamentaria de la Asamblea Nacional Constituyente; en la regulación actual de las garantías y libertades sindicales y de sindicalización, se desarrolla el Título I de la Carta, “De los Principios Fundamentales” y, en especial, el artículo 1º, que constituye a Colombia como un Estado social de derecho, cuya forma de organización republicana se funda, entre otros valores, en el trabajo. Así mismo, el artículo 2º del Estatuto Superior que, al definir los fines esenciales del Estado, incluyó entre ellos: ‘...facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica... de la Nación;... asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo....

En consecuencia, los empleados públicos tienen el derecho de constituir sus sindicatos sin intervención del Estado, de inscribir las correspondientes Actas de Constitución que les otorgan reconocimiento jurídico y, en consecuencia, tendrán legalmente unos representantes sindicales a los cuales no se puede negar que el Constituyente de 1991 reconoció el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.¹⁰⁸

En cuanto a la negociación colectiva en los servidores públicos, al revisar la constitucionalidad del Convenio No. 151, la Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia C-377 de 1998 establece que, para efectos de la aplicación de este derecho, la Constitución marca una diferenciación entre los trabajadores oficiales y empleados públicos, toda vez que los primeros pueden ejercer de manera plena, mientras que los segundos no pueden afectar la facultad que tienen las autoridades para fijar unilateralmente las condiciones de empleo, sin embargo se reconoce para los servidores públicos, el derecho de buscar soluciones concertadas en caso de conflicto, por lo que podrán ser atendidos por las autoridades y por sus superiores jerárquicos, con las peticiones que sean de interés colectivo.¹⁰⁹

Sobre el Derecho de Huelga, primeramente se debe señalar que de acuerdo con el Art. 416 del Código Sustantivo de Trabajo, “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.”¹¹⁰

De la disposición transcrita se entendería pues, que los trabajadores oficiales no tendría posibilidad de ejercitar el derecho de huelga, pero la posición de la Corte Constitucional Colombiana es que, desde la Constitución de 1991, no todos los trabajadores oficiales tienen prohibida la huelga y que los límites de su ejercicio dependen de si la entidad pública a la que pertenecen los trabajadores, otorga

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-593, 14 de diciembre de 1993.

¹⁰⁹ Sentencia enunciada por Jairo Villegas, en Empleados Públicos... pp. 160

¹¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 416, Diario Oficial No 27.622, 7 de junio de 1951.

servicios públicos esenciales o no esenciales, por lo en que este último caso tienen garantizado este derecho.¹¹¹ Bajo esta posición jurídica, la normativa laboral tiene que estar acorde al mandato constitucional y en el Art. 56 se señala lo siguiente:

“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador....

()La ley reglamentará este derecho”

En consecuencia, la exequibilidad o constitucionalidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo Colombiano no es plena, ya que una restricción del derecho a la huelga, para los trabajadores en general, es contraria a la Constitución.

2. LEGISLACION ESPAÑOLA

2.1. GENERALIDADES

Antes de entrar al análisis de la legislación española, es preciso hacer un breve comentario sobre su estructura política administrativa y diremos que la Constitución Española vigente desde 1978, reconoce dentro de la organización territorial, a más de los municipios y las provincias, a las Comunidades Autónomas ¹¹² que son provincias limítrofes con entidad regional histórica, a las cuales se les otorga plena autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, por lo que pueden acceder de manera independiente a su autogobierno y organizar sus propias instituciones.

No obstante de ello, la potestad de iniciativa legislativa, la siguen manteniendo el Gobierno Central, el Congreso y el Senado, mientras que las Asambleas de las Comunidades Autónomas pueden solicitar la adopción de una ley a una de estas instancias de poder, reservándose la facultad de delegar a miembros elegidos de sus asambleas a participar en su discusión.¹¹³

¹¹¹ En sentencias C-473-94 del 27 de octubre de 1994 y C-128-95 del 23 de noviembre de 1995, se dispuso estarse a lo resuelto en Sentencia C-110-94

¹¹² Constitución Española, artículo 137.

¹¹³ Constitución Española, numeral segundo, artículo 87.

Era importante señalar este antecedente, pues de acuerdo con la Constitución Española, se mantiene la reserva de ley, la creación de las instituciones de la administración pública, esto quiere decir que solamente una norma legal puede dar vida a un organismo público.

Si bien, como en todo Estado Constitucional de Derecho, la facultad de expedir leyes, la tiene la función legislativa, expresada en el caso español, en las Cortes Generales que conforman el Congreso y el Senado¹¹⁴, éstas pueden delegar al Gobierno Central la potestad de dictar normas con rango de ley; sin embargo, este mandato no es general, sino que se otorga solamente para una materia concreta y dentro de un tiempo limitado, por lo que concluye una vez que se publique la norma correspondiente.¹¹⁵

Respecto al régimen jurídico de los funcionarios públicos, la Constitución Española, ratifica la naturaleza estatutaria de la relación jurídica de los empleados públicos, al establecer que la ley es la fuente reguladora para el acceso a la función pública. Bajo esta concepción estatutaria, se entenderá entonces, que el ingreso a laborar a un organismo de la Administración Pública, se perfeccionará a través de un acto administrativo que es el nombramiento y las condiciones en las que el funcionario va a prestar sus servicios ya se encuentran predeterminadas en una norma legal.

Aunque se mantiene vigente la naturaleza estatutaria en las condiciones de empleo dentro de la Función Pública, se determina que el ingreso a la misma se regirá bajo los principios de mérito y capacidad; lo que permite concluir que, en términos generales, el acceso a un puesto público se realizará mediante procesos de selección.

Adicionalmente, se pretende fomentar la probidad en el ejercicio de un cargo público, mediante la implantación del denominado sistema de incompatibilidades¹¹⁶ y además, según señala la Constitución, otras garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

¹¹⁴ Constitución Española, numeral primero, artículo 66.

¹¹⁵ Constitución Española, numerales 2 y 3, artículo 82.

¹¹⁶ Constitución Española, numeral 3 del artículo 103.

Al referirnos al primer punto, debemos señalar que, en el año de 1984 se expidió la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas¹¹⁷ cuya finalidad es la de regular el ejercicio de los cargos en el sector público, así como de cualquier actividad pública e incluso privada que pueda afectar el cumplimiento de sus deberes o poner en riesgo la imparcialidad e independencia del funcionario público.

En este sentido, la norma antes citada declara la incompatibilidad del desempeño de dos puestos dentro del sector público, salvo dos casos específicos, esto es, para ejercer las funciones de docente o prestar servicios en el área sanitaria, siempre y cuando estas actividades respondan al interés público, además, solamente podrá declararse la compatibilidad cuando en las dos actividades, las funciones se ejerzan a tiempo parcial y quede demostrado que el total de la remuneración a percibir no supera, la remuneración equivalente a la de un Director General.¹¹⁸

Para el ejercicio de la segunda actividad, es necesaria la autorización de compatibilidad, otorgada por el órgano competente¹¹⁹; además, se deberá demostrar que no se modifica la jornada de trabajo y horario de los dos puestos y que se condiciona a su estricto cumplimiento en ambos.

Como dijimos en un principio, la Ley de incompatibilidades no solamente se limita a establecer normas que regulen y controlen el desempeño de más de un cargo dentro de la administración pública, sino que va mas allá de esta esfera, pues también va a controlar que un funcionario público no pueda ejercer actividades privadas, profesionales que se relacionen directamente con las que desarrolle en el ejercicio de sus funciones.

Es importante señalar que dentro del ámbito de aplicación de la Ley de incompatibilidades, no se encuentran aquellos funcionarios de rango jerárquico superior que ejercen puesto políticos, sin embargo, nos remitiremos al contenido

¹¹⁷ Ley No. 53/1984, de 26 de diciembre de 1984.

¹¹⁸ Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración, artículo 7

¹¹⁹ Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración, artículo 9 establece que, la autorización o denegación de compatibilidad de un segundo puesto le corresponde al Ministerio de la presidencia, al órgano competente de la comunidad autónoma, o al pleno de la corporación local a que figure adscrito el puesto principal

del Artículo 70 de la Constitución Española, que delega a la Ley Electoral para que precise las causas de incompatibilidad para el ejercicio de los altos cargos de la Administración del Estado, de los diputados y senadores y miembros del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, aunque la Constitución Española no enuncia cuáles son las garantías que aseguran la imparcialidad de los funcionarios públicos, podemos deducir que se refiere a aquellos mecanismos que permiten la aplicabilidad del principio de eficacia administrativa; y, en esta línea de pensamiento uno de los programas prioritarios del Gobierno Español, después del regreso a la democracia, fue la reforma integral de la Administración Pública, por lo que en este contexto, el 2 de agosto de 1984, se expidió la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a través de la cual se pretendió establecer un régimen funcional, acorde al nuevo Estado Autonómico reconocido en la Constitución actual.

Uno de los aspectos que regula la Ley de Medidas, es el régimen de competencias del personal que labora en la función pública. De acuerdo con el Art. 3 de esta norma legal, la función ejecutiva tiene a su cargo la dirección de las políticas públicas para el personal estatal y la potestad reglamentaria en materia de función pública, por lo que le corresponde plantear las directrices en base a las cuales los distintos organismos estatales ejercerán sus competencias en materia de personal, incluidas las comunidades autónomas.

Por otra parte, se regula otros aspectos como la selección de personal y la promoción profesional de los funcionarios, régimen disciplinario, aspectos que como se dijo anteriormente, promueven la eficiencia de la Administración Pública.

Es importante señalar que de manera expresa, la carta política española reconoce el derecho de sindicación de los funcionarios públicos, y traslada a la Ley la facultad de normar las peculiaridades del ejercicio de este derecho en la función pública, del cual hablaremos más adelante.

2.2. LOS DERECHOS LABORALES EN LA FUNCION PÚBLICA

La Constitución Española reserva para la Función Legislativa la competencia exclusiva sobre la expedición de la legislación laboral, por lo tanto se centraliza la promulgación de estas normas, sin perjuicio de que puedan ser ejecutadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. El Gobierno Central, por tanto, tiene competencia para la producción jurídica de normas laborales que regulen las particularidades del derecho individual así como los derechos colectivos.¹²⁰

Dentro de la esfera de los derechos colectivos laborales, primero nos referiremos al derecho de sindicalización y empezaremos señalando que la carta política española, define a la libertad sindical como la capacidad de los trabajadores de formar sindicatos y de afiliarse a éstos, y de éstos, a su vez, de poder formar confederaciones o afiliarse a sindicatos internacionales.

El primer numeral del Art. 28, reconoce de manera general el derecho de libre sindicalización para todos los trabajadores, denominación que abarca también a los funcionarios estatales. Sin embargo, en el caso de los miembros de la Fuerzas Armadas y demás cuerpos sometidos a la disciplina militar; así como de los jueces, magistrados y fiscales en estado activo, la Constitución dispone que la ley se encargue de limitar o prohibir el libre ejercicio de este derecho.

Como ya lo mencionamos anteriormente, refiriéndose de manera particular a los funcionarios públicos, la norma constitucional otorga la facultad a la ley para que sea ésta la que establezca las particularidades en las que se va a ejercitar el derecho de sindicalización, tomando en cuenta el régimen jurídico al que se encuentran sometidos y el principio de prevalencia del interés general que rigen todas las actividades que realizan los funcionarios públicos.

La Ley Orgánica 11 de Libertad Sindical, expedida el 2 de agosto de 1985, constituye un avance importante en el campo de la función pública en cuanto al reconocimiento de este derecho se refiere, ya que en el ámbito de su aplicación,

¹²⁰ Constitución Española, numeral 7, artículo 149.

admite tanto a los trabajadores sujetos a las normas laborales, como a los que tienen una relación estatutaria con los diferentes organismo del Estado; esto quiere decir, entonces, que los funcionarios públicos españoles gozan de los mismos derechos de sindicalización que los demás trabajadores.

De otra parte, el Art. 2.2 d) de la Ley en mención, determina que la actividad sindical alcanza también el derecho de negociación colectiva, destacando que en el ámbito de la Función Pública, comprende la participación en la determinación de las condiciones de trabajo; además implica el derecho a la huelga y a plantear conflictos individuales y colectivos.

El igual de lo que prescribe la Constitución, la Ley de Libertad sindical española limita esta clase de derechos, para los miembros de las Fuerzas Armadas y otros institutos armados de carácter militar; sin embargo esto no afecta al personal civil que labora en ellos, en consecuencia tienen los mismos derechos que los demás trabajadores.

En cuanto a los miembros de cuerpos y fuerza de seguridad que prestan su servicio a las administraciones públicas y que no tienen una naturaleza militar, la ley de Libertad Sindical permite la constitución de las organizaciones sindicales para la defensa de los intereses profesionales, así como la libertad de afiliarse a las mismas; no obstante, introduce ciertas condiciones para su ejercicio.

Así pues, los miembros de estos cuerpos de seguridad civiles, solamente pueden participar en las organizaciones sindicales que estén conformadas exclusivamente por miembros pertenecientes a su propio cuerpo. Del mismo modo, solamente podrán federarse o confederarse con aquellos sindicatos que están conformados por miembros del mismo cuerpo. Con esta medida, por un lado se garantiza el ejercicio de la libertad sindical, pero, dada la naturaleza y el carácter particular de sus miembros, se evita la participación de agentes externos ajenos al servicio de mantenimiento de la seguridad pública.

De igual manera, la ley establece restricciones para los jueces, magistrados y fiscales, quienes no podrán ser parte de ningún sindicato mientras se encuentren

en servicio activo, pero esta medida no les impide que puedan constituir asociaciones profesionales que tengan como fin la defensa de intereses inherentes a la profesión, lo cual está reconocido por la Constitución Española ¹²¹ Sin embargo estas organizaciones no pueden mantener algún tipo de relación con partidos políticos o con sindicatos, bajo el argumento de precautelar la independencia del poder judicial.

La Ley orgánica de libertad sindical, también reconoce el derecho de los trabajadores, a realizar actividades de carácter sindical dentro de sus centros de trabajo, esto implica que, pueden celebrar reuniones, recaudar cuotas, distribuir información, sin embargo, estas actividades las deberán realizar fuera de las horas de trabajo y sin que estas acciones, alteren las labores normales de la institución o empresa.

Por otro lado, se establece que en los lugares de trabajo donde haya más de 250 funcionarios se deberá contar con un local adecuado para las reuniones sindicales, sin embargo estas actividades, están prohibidas de realizarse en establecimientos militares, esto en razón de protección de la defensa nacional.

Vale mencionar que esta prohibición, establecida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en su disposición adicional tercera, fue ratificada por el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia dictada el 13 de mayo de 1991, a propósito del recurso de inconstitucionalidad accionado por el Defensor del Pueblo, al considerar que esta norma viola el Art. 81.1 de la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional Español, señaló que la finalidad de prohibir la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares, es salvaguardar la neutralidad que deben tener las fuerzas del orden, cuya misión es garantizar la

¹²¹ Constitución Española, artículo. 127.1: “Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales”.

soberanía, la integridad territorial y el ordenamiento constitucional y que se encuentra prevista en el Art. 8 de la Constitución Española¹²²

Es por esto que el órgano español constitucional, en la sentencia N° 101/1991 de Tribunal Constitucional, manifiesta que:

“ La finalidad que persigue la L.O.L.S. al prohibir la actividad sindical en el interior de los «establecimientos militares», es la preservación de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas y así se deduce inmediatamente de las normas que regulan materias conexas dentro de la ordenación jurídica de las mismas, que se asientan en el citado principio de neutralidad que, a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentran su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas” ¹²³

2.2.1 EL DERECHO DE HUELGA

El numeral segundo del artículo 28 de la Constitución Española garantiza la huelga de todos los trabajadores en general y es en la ley donde se va a desarrollar todas las condiciones para su ejercicio.

Se advierte especial preocupación por los denominados servicios públicos esenciales, es por esto que la norma constitucional, le da facultad a la ley para que establezca las medidas y normas que aseguren su atención permanente. En este contexto diremos que: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”¹²⁴

El Real Decreto-Ley 17 del 4 de marzo de 1977, que regula el derecho de huelga, no reconoce de manera expresa, esta garantía laboral para los funcionarios públicos; mas aún califica como reos del delito de sedición, a los que, estando encargados

¹²²Constitución Española, artículo 8.1: “Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.”

¹²³Tribunal Constitucional de España, Sentencia N° 101/1991 d el 13 de Mayo de 1991. <http://tc.vlex.es/vid>

¹²⁴Constitución Española, numeral segundo, artículo 28

de la prestación de servicios públicos, suspendan su actividad y ocasionen trastornos a éstos o alteren su regularidad

Precisamente sobre este tema, el Tribunal Constitucional, en la sentencia STC-11/1981, dictada el 8 de abril de 1981, concluyó que, si bien el derecho de huelga para los funcionarios públicos, no se encontraba regulado por la ley, tampoco existía una prohibición expresa; de esta manera este pronunciamiento constitucional constituyó el punto de partida para que, tanto la práctica administrativa como la jurisprudencia española admita el ejercicio del derecho de huelga en la función pública. Sin embargo, en un primer momento, la ausencia de una norma legal expresa, provocó dificultad en la aplicación práctica, así por ejemplo, no había posibilidad de descontar de las remuneraciones los días no laborados, sin que exista un proceso disciplinario, ya que en el ámbito del derecho administrativo, régimen al que están sujetos los funcionarios públicos, el descuento de la remuneración era el resultado de una sanción disciplinaria impuesto luego de un trámite administrativo, en el que puede ejercer el derecho a la defensa.¹²⁵

Posteriormente, la Ley de de Medidas para la Reforma de la Función Pública, expedida el 2 de agosto de 1984, estableció de manera expresa, la reducción de sus remuneraciones para los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga, sin que esto afecte a sus prestaciones sociales¹²⁶

Respecto al personal militar y demás miembros de cuerpos de seguridad, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, prohíbe el derecho de huelga o cualquier otro tipo de acción, y expresamente señala que *“los miembros de las Fuerzas y cuerpos de seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones substitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.”*¹²⁷

No obstante, en cuanto al personal civil que labora en establecimientos militares, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho de huelga para esta clase de

¹²⁵ (Miguel Sánchez Morón, Derecho de la Función Pública..., pp 240)

¹²⁶ Disposición Adicional Duodécima de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley 30/1984, de 2 de agosto, 1984

¹²⁷ Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 6.8

servidores, sin embargo ha sido enfático al afirmar que no pueden realizar esta actividad, dentro de las instalaciones militares.

Ahora bien, ya habíamos mencionado que la Constitución Española hace énfasis en la creación de normas regulatorias que aseguren el funcionamiento permanente de los denominados servicios esenciales. Sobre este tema, la Corte Constitucional Española en su vasta jurisprudencia generada, ha hecho una diferenciación entre los servicios públicos y los denominados servicios esenciales, pues considera que cuando el legislador utilizó esta expresión, no se refería a aquellos servicios de los que se derivan prestaciones vitales, sino que más bien a los que están ligados a bienes constitucionalmente protegidos o también con aquellas actividades que tienen como finalidad la protección de los derechos fundamentales, de ahí que la Constitución prevea el resguardo de estos servicios.

Esta línea de pensamiento, sirvió para el establecimiento de normas como las que se encuentran en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que califica como falta disciplinaria, la no atención de estos servicios en caso de huelga, cuando el funcionario tenga la obligación de atenderlos ¹²⁸

2.2.2 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al igual que en la libertad sindical y el derecho a la huelga, la Constitución española, confiere a la ley, la facultad para regular la negociación colectiva entre los representantes de trabajadores y los empresarios. Se reconoce además, la fuerza vinculante que tienen los acuerdos que se suscriban como resultado del ejercicio de este derecho. ¹²⁹

La ratificación por España de los Convenios números 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, y sobre el fomento de la negociación colectiva, llevó a la expedición de la Ley de Órganos de Representación, condiciones de empleo y participación del personal, al servicio de las administraciones públicas, a fin de regular los órganos

¹²⁸ Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley 30/1984, de 2 de agosto, 1984, literal I), artículo 31.

¹²⁹ Constitución Española, numeral 1, artículo 37.

de representación y la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, así como otros aspectos relacionados, como órganos de participación y derechos de reunión, todo esto dentro del régimen estatutario de los funcionarios públicos, respetando el principio de competencia exclusiva del Estado para determinar las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, sin menoscabo de la capacidad de las Comunidades Autónomas para ordenar sus respectivas funciones públicas, pero estableciendo una normativa que permita garantizar la igualdad de todos los funcionarios en el ejercicio de sus derechos.

Posteriormente, se expidió la Ley No. 7 del 19 de julio de 1990, sobre negociación colectiva y participación de la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, que reformó el capítulo tercero de la Ley de Órganos de Representación, condiciones de empleo y participación del personal, al servicio de las administraciones públicas; como consecuencia de ello, se añadió al título, la expresión ***negociación colectiva***, lo que significó el reconocimiento de la capacidad de negociación de las condiciones de trabajo para funcionarios públicos, regidos bajo régimen estatutario.

Con la reforma incorporada, el texto del Art. 30 de la Ley de Órganos de Representación quedó de la siguiente manera:

“La negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3, c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo”

Al respecto, de acuerdo con la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la capacidad representativa a las organizaciones sindicales, se reconoce en base al número de delegados que obtengan de los organismos de la administración pública y a aquellos sindicatos afiliados a una organización sindical de ámbito estatal, que tenga a su vez la consideración de más representativa, mientras que en las comunidades autónomas, serán considerados como sindicatos más representativos, aquellos que acrediten haber obtenido el quince por ciento de

delegados en los órganos de la administración pública, siempre que cuenten con un mínimo de mil quinientos representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal. También serán aquellos sindicatos afiliados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma, que tengan la consideración de más representativa, por número de delegados obtenidos.

En el artículo 31 de la Ley de Órganos de Representación, condiciones de empleo y participación del personal, al servicio de las administraciones públicas (LORDP), detalla el procedimiento a utilizarse para la negociación en el ámbito de la administración del Estado.

Como primer paso, se conformarán una mesa general de negociación en la administración central estatal y en cada una de las comunidades autónomas, que serán las responsables de determinar de manera general, las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, dentro del ámbito que les compete.

Constituida la mesa general en la Administración del Estado, se instaurarán mesas sectoriales de negociación para tratar aspectos que no hayan sido tratados por la mesa general, sin perjuicio de que puedan formarse otras mesas sectoriales, en el caso de que hubiera otros sectores de funcionarios públicos que, por las particularidades de sus condiciones de empleo, amerite ser tratado de manera separada.

Por otro lado, en la mesa general, la negociación se conformará con las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional y de la Comunidad Autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el diez por ciento o más de representantes en la elecciones que se realizarán para la designación de delegados; mientras que, en las mesas sectoriales, a más de conformarse con los delegados de las organizaciones más representativas, se integrarán con aquellas organizaciones que hayan obtenido en el sector correspondiente, el diez por ciento o más de representantes en las elecciones que deben realizarse para el efecto.

Ahora bien, es importante conocer cuáles son los puntos o aspectos que pueden ser negociables en el ámbito de la función pública española. Al respecto, el Art. 32 de la LORDP, determina cuáles son las cuestiones que pueden ser tratadas a través de este procedimiento en las mesas de negociación, siendo las siguientes:

- a) El incremento de remuneraciones
- b) La determinación y aplicación de las remuneraciones de los funcionarios públicos.
- c) Diseño de planes de oferta de empleo público.
- d) La clasificación de puestos de trabajo.
- e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento.
- f) La determinación de las prestaciones y pensiones de los funcionarios jubilados
- g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos jubilados.
- h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
- i) Medidas sobre salud laboral.
- j) Todas las materias que afecten el acceso a la Función Pública o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley.
- k) Otros aspectos que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y las relaciones de sus organizaciones sindicales con la Administración.

Sin embargo, el legislador ha dejado fuera de la esfera de negociación, aquellas resoluciones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización; no obstante, cuando estas decisiones puedan tener repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las organizaciones sindicales que tengan más representación.

Tampoco son objeto de la negociación, aquellas resoluciones de las administraciones públicas que afecten al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos administrativos.

En el caso de no llegar a un acuerdo, será el Estado a través de sus órganos de gobierno los que determinen de manera unilateral las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en los términos del artículo 3.2, b) de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, expedida el 2 de agosto de 1984.

Es importante también mencionar que la Ley prevé la utilización de mediadores, cuando no pueda llegarse a un acuerdo o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos.

3.- REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido observar, tanto la legislación colombiana como la española por una parte han acogido dentro de normativa interna los derechos colectivos a favor de los empleados públicos reconocidos en un primer momento en los convenios 87 y 98 de la OIT y consolidados con la expedición de los convenios 151 y 154. Resulta igual de interesante mirar el avance en la jurisprudencia constitucional respecto a este tema, en ambos países.

Se advierte en la legislación colombiana un gran desarrollo normativo con respecto al derecho de sindicalización y de huelga de los empleados públicos, y cierta limitación para el ejercicio de la negociación colectiva; mientras que en la legislación española ya se han establecido mecanismos alternativos para hacer efectivo también este derecho.

Es importante revisar el avance que ha tenido la legislación de otros países en cuanto se refiere al reconocimiento de los derechos colectivos en el ámbito de la función pública. La normativa analizada puede constituir un referente para que en nuestro país también, se aplique de manera efectiva los convenios de la OIT analizados y se regule estos derechos a favor de los servidores públicos, lo cual ha sido objeto de permanente observación por parte de la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de este organismo internacional.

CONCLUSIONES

1. PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS LABORALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Hemos revisado en este trabajo, que las relaciones laborales entre los empleados públicos y sus empleadores tiene naturaleza de carácter estatutario, cuya característica principal es que las condiciones de trabajo se establecen de manera unilateral, ya que son impuestas por el Estado, generalmente a través de una ley o una norma reglamentaria, en tal virtud, el agente público se somete a las normas y disposiciones previamente impuestas.

Esta relación de carácter estatutario se fundamenta en la afirmación de que el Estado representado a través de su órganos y entes públicos, tiene la finalidad primordial de velar por el interés general, por lo tanto su aparato administrativo debe ser neutral, para poder cumplir con los fines estatales, y en este contexto, el agente público es simplemente un instrumento indispensable para la consecución de los mismos.

La legislación ecuatoriana no es ajena a esta posición teórica, y se puede concluir que igualmente desde sus orígenes hasta la actualidad, las relaciones de trabajo del servidor público han sido previamente establecidas a través de la ley. En un principio fue la Ley de Hacienda, posteriormente las leyes de servicio civil y carrera administrativa, hasta llegar actualmente a la Ley Orgánica de Servicio Público.

Pero esta posición teórica, con el avance del tiempo se ha encontrado con nuevas realidades, pues las relaciones laborales entre los empleados públicos y los órganos del estado han ido evolucionado, la función pública ya no constituye un grupo reducido de personas de cierta elite social y económica, no es un círculo privilegiado como pudo haber sido hace varias décadas atrás.

El mismo desarrollo de la sociedad ha traído como consecuencia que las responsabilidades del estado se extiendan cada vez más y afiancen su presencia en todos los ámbitos de lo económico y social.

En la actualidad nos encontramos con un aparato estatal interventor que entra a administrar actividades económicas antes atribuidas al sector privado. Por otro lado el acelerado crecimiento de la población ha traído como consecuencia que el Estado deba buscar una mayor cobertura a la prestación de los servicios públicos tradicionales a más de la provisión de otros nuevos que la sociedad moderna demanda. Todo esto, acompañado del avance incontrolable de la tecnología que requiere de profesionales en las diferentes ramas y personal técnico y especializado para que puedan ser atendidas con todas las competencias asumidas.

La actividad administrativa del Estado, ya no constituye una prerrogativa para un limitado grupo privilegiado de ciudadanos, pues cada vez requiere de un mayor número de personal que va a cumplir una variedad de funciones. Frente a este escenario nos encontramos con una masificación de los agentes de la función pública, que a su vez van a demandar condiciones de trabajo adecuadas, por lo tanto el Estado asume un doble papel, por una parte en el ejercicio de las facultades que tiene, ejerce autoridad e impone sus decisiones de manera unilateral; y por otro lado cumple el papel de empleador y como tal tiene la obligación de abrir canales y mecanismos que permitan igualmente escuchar las demandas de quienes prestan sus servicios.

En este contexto es preciso que exista un replanteamiento de las relaciones labores entre los servidores públicos con los órganos del Estado, y se debe pensar en la posibilidad de utilizar mecanismos laborales que les permita ejercer derechos de carácter colectivo y la participación frente a las decisiones que pueda tomar la autoridad pública respecto a sus condiciones de empleo. Sin duda la negación de estos derechos lo que ha provocado es que los intereses de los agentes públicos hayan quedado siempre en un segundo plano, lo que ha generado un ocultamiento de cualquier conflicto o inconformidad de este sector de trabajadores.

En la actualidad, en la legislación comparada, el debate jurídico sobre la procedencia de la aplicación de los derechos colectivos en la función pública ha sido superado, y la relación estatutaria entre empleado público y la autoridad pública, no ha sido un obstáculo para que en las legislaciones de muchos países se integre a su normativa el ejercicio de estos derechos a favor de los empleados públicos, como lo hemos revisado en este estudio, analizando la legislación colombiana y española.

En nuestro caso particular, nuestro país, el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección de sindicalización, así como el Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y negociación colectiva han sido ratificados por el Ecuador, el primero en 1967 y el segundo en 1959, por lo que ya son parte de nuestra legislación y obligan al Estado a modificar la legislación para que se transformen en leyes internas, tanto más que el país ha sido objeto de observaciones por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR, que en reiteradas ocasiones ha insistido para que en la legislación ecuatoriana se incorpore la correspondiente normativa que permita acceder a los derechos colectivos a los servidores públicos; y aunque en varias ocasiones ha preparado proyectos de ley que recogen los requerimientos de la comisión, éstas no llegaron a expedirse.

De igual manera, el convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, constituye un avance histórico al reconocer por una parte la sindicalización de los empleados públicos y también su activa participación en las resoluciones que se tomen respecto de sus condiciones de empleo a través de varios mecanismos de negociación, cuya utilización en todos los ámbitos es impulsada y promovida por el convenio 154.

Recordemos que los convenios de la OIT son instrumentos que regulan el derecho de las personas trabajadoras, por lo tanto tienen la característica de ser de aplicación directa e inmediata de conformidad a lo previsto en el artículo 417 de la Constitución, por lo tanto los ordenamientos secundarios dejan de ser prevalentes frente a lo que disponen estos instrumentos internacionales.

No podemos negar una realidad y es que el abuso de algunas organizaciones sindicales de trabajadores del sector público que durante años se han aprovechado de los recursos estatales, ha mermado con toda justificación la credibilidad de ejercicio legítimo de los derechos colectivos, pero tampoco esto es un argumento para eliminarlos, una medida en este sentido podría traer como consecuencia una situación extrema que es el abuso de poder de la autoridad pública. Por otro lado, tampoco se debe olvidar que las normas de la OIT son la base de los principios laborales que si se aplican de manera coherente permitiría que se concreten los valores que reafirman la dignidad del trabajo.

En el caso particular de los servidores públicos, del análisis de los convenios de la OIT, materia de este estudio, se pone en evidencia la importancia que tienen los principios y derechos fundamentales del trabajo para este sector, por lo tanto es necesario que se abra un debate jurídico, pues urge un replanteamiento en la formas de relacionarse con el Estado empleador, que permita el ejercicio de derechos colectivos hasta ahora reservados exclusivamente para la clase obrera, pero sin dejar de lado una realidad jurídica que es la naturaleza estatutaria que da origen al empleo público, por lo tanto, habrá que buscar mecanismos innovadores que viabilicen su aplicación, considerando justamente que la condición jurídica del empleo público es diferente y tiene sus propias particularidades.

El Ecuador, al ser suscriptor de estos dos instrumentos internacionales, ha debido adaptar su ordenamiento jurídico e incorporar en su legislación disposiciones que garanticen el ejercicio de derechos colectivos a favor de los servidores públicos, de hecho se colige que de manera eventual si ha existido algunos intentos para hacerlo, sin embargo estas reformas no se han concretado, razón por la cual el país ha sido objeto de permanente observación por parte del Comité de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT.

La aplicación de los derechos colectivos a favor de los servidores públicos, todavía encuentra resistencia en nuestro país, quizá una de las razones sea justamente la naturaleza jurídica de la relación del empleo público, lo cual hace difícil que se pueda entender que el Estado a más de ser el garante del interés público y todo lo que ello conlleva, también tiene un papel de Estado empleador con respecto a quienes prestan sus servicios en los diferentes organismos que lo representan, los

cuales deben contar con garantías que protejan sus derechos y que frenen el mal uso del poder de una autoridad y que en un momento dado puede ocurrir.

BIBLIOGRARIA

Beethan David, Max Weber y la Teoría Política Moderna, Colección Ideologías Contemporáneas, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1979

Canasi José, Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1972.

Cansado Trinidad Antonio y otros, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo VI, San José de Costa Rica, 1999.

DiezManuel María, Manual de Derecho Administrativo, Tomo II, Ediciones Plus Ultra, Buenos Aires, 1981

Dromi José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires 1987

Flores Dopkevicius Rubén, Manual de Derecho Público: Derecho Administrativo, Montevideo, Uruguay. 2007

García de Enterría Eduardo, El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana, Ed. Civitas, Madrid, 1997

Jorge Villada, La negociación colectiva del sector público, obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas. Escuela Nacional Sindical, Medellín 2005

Lewis Jhon, La Sociología de Max Weber, Editorial Nuestro Tiempo, México, 1981.

Noguera Enrique, De los Contratos, Principios y Nociones, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 1998

Penagos Gustavo. Derecho Administrativo, nuevas tendencias tomo II, Quinta Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2007

Porras Angélica, Las Reformas Laborales en el Ecuador, en Estado Constitucional de Derechos? Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2010

Pérez Efraín, Derecho Administrativo Tomo I y II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tercera Edición, Quito, 2009.

Robalino Bolle Isabel, Manual de Derecho de Trabajo, Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1994

Soberanes José Luis, Tendencia actuales del Derecho, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1994

Sánchez Morón Miguel.- Derecho de la Función Pública, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004

Tribunal Constitucional de Bolivia, La Justicia Constitucional de Bolivia, 1998-2003, Editorial Kipus, Bolivia, 2003

Vidal Perdomo Jaime, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Universidad del Rosario, Bogotá 2005.

Villegas Arbeláez Jairo, Empleados Públicos y Derecho de Negociación Colectiva, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá 2007.

Organización Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Estudio General sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva, 1994.

Organización Internacional del Trabajo, Informe VII de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1977

Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Universidad del Rosario, Bogotá 2005.

Trueba Lorenia, Derechos laborales y Sindicales. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Paz, Bolivia 2002.

REVISTAS Y PUBLICACIONES

Cremonte Matías, El Nuevo Convenio Colectivo de Trabajo para la Administración Pública Nacional: La Opción por la Autonomía, Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, julio 2006, Argentina.

Iturraste Francisco, La Sindicalización del Sector Público: Avances y obstáculos, Revista Nueva Sociedad No. 70 Enero-Febrero 1984

Mello Daniella, Direito da Funcao Pública: Fundamentos y Evolucao, Revista do Tribunal do Contas do Estado do Minas Gerais, Abril-Junio 2009

Pinilla Ana de la Puebla, Los trabajadores y la Constitución. Corporación Editora Nacional, Ecuador 2005

Racciatti Octavio Carlos, El Derecho de Huelga de los Funcionarios Públicos, VVAA Estudios en memoria de Ricardo Mantero, FCU, Montevideo. 2004

Rial Noemí, La Negociación Colectiva en el Sector Publico, XIII, Congreso Interamericano del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Centro Latinoamericano de Administración Pública para el Desarrollo Buenos Aires, 2008.

LEYES Y NORMAS

Constitución de 1946 Registro Oficial 773 de 31 de diciembre de 1946

Constitución de 1998, Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998

Constitución de 2008, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Código Sustantivo de Trabajo publicado en el Registro Oficial No. 27.622, 7 de junio de 1951

Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de Octubre del 2009.

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Registro Oficial No. 198 de 6 de marzo de 1964

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Registro Oficial No. 574 de 26 de abril de 1978

Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, Registro Oficial No. 16 del 12 de mayo de 2005.

Ley Orgánica de Servicio Público, Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010

Ley Orgánica de Administración Financiera, Registro Oficial 337 del 16 de mayo de 1977

Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948)

Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949

Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. 1978

Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el fomento de la negociación colectiva

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966; Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor, el 23 de marzo de 1976.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969

Observaciones de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones sobre Cumplimiento de los convenios 87 y 98, Organización Internacional del Trabajo.